



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

JOSÉ PINHEIRO MACHADO NETO

O SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS NAS INSTITUIÇÕES
PÚBLICAS DE ENSINO SUPERIOR DO BRASIL

BRASÍLIA
2014

JOSÉ PINHEIRO MACHADO NETO

O SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS NAS INSTITUIÇÕES
PÚBLICAS DE ENSINO SUPERIOR DO BRASIL

Monografia apresentada como requisito
para a conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.

BRASÍLIA
2014

JOSÉ PINHEIRO MACHADO NETO

O SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS NAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE
ENSINO SUPERIOR DO BRASIL

Monografia apresentada como requisito
para a conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.

Orientadora: Betina Günther Silva

Brasília, 12 de novembro de 2014.

Banca Examinadora

Orientadora: Prof. Betina Günther Silva

Examinador: Prof. Jefferson Carús Guedes

Examinador: Prof. Antonio Suxberger

Dedico esse trabalho ao meu falecido avô
paterno, José Pinheiro Machado.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer aos meus pais, família, amigos e à minha orientadora pelo tempo e paciência empregados. Um agradecimento especial à minha mãe por todo o apoio concedido e por sempre acreditar em meu potencial. Agradeço também ao meu pai por todo o suporte afetivo, e à minha namorada, Tamara Porfírio, que presenciou todo o desenvolvimento deste trabalho, investindo confiança e amor para que eu nunca desistisse. Agradeço, ainda, às minhas irmãs, que sempre me deram suporte quando precisei. Gostaria de retribuir a todos que, de alguma forma, contribuíram para que esse trabalho se concluísse.

RESUMO

O presente estudo trata do sistema de reservas de vagas de cunho racial e social nas instituições públicas de ensino superior no Brasil por meio de uma abordagem ampla do tema em face da ordem jurídica vigente e dos princípios que norteiam sua aplicação. Uma vez enquadrado como espécie de ação afirmativa que cumpre objetivos constitucionais, a pesquisa aborda as experiências que antecederam e inspiraram a criação do instituto. Dessa forma, o presente trabalho acadêmico trata da atuação prévia das universidades, no gozo da autonomia administrativa conferida pela Constituição Federal de 1988, para depois apresentar a Lei 12.711/2012, assim como as vagas previstas, as justificativas para esse modelo de ação afirmativa e as divergências encontradas quanto aos critérios de acesso. No bojo da exposição são abordados alguns dos diversos argumentos contra e a favor da adoção do mecanismo, e refutados com base na linha de entendimento de estudiosos da área, e do Plenário do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que em 2012 entendeu pela sua constitucionalidade.

Palavras-chave: Dignidade. Igualdade. Ações Afirmativas. Cotas. Ensino Superior Público. Desenvolvimento.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A POLÍTICA DE RESERVA DE VAGAS NAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO SUPERIOR DO BRASIL	10
1.1 Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana	10
1.2 Princípio Da Igualdade.....	13
1.2.1 <i>Breve Histórico</i>	13
1.2.2 <i>Conceito de igualdade</i>	16
2. AÇÕES AFIRMATIVAS	20
3. DA RESERVA DE VAGAS NAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO SUPERIOR NO BRASIL	30
3.1 Instituições Públicas de Ensino Superior e o Papel Da Administração Pública.....	30
3.2 Da Lei Que Reserva Vagas nas Instituições Públicas de Ensino Superior.....	34
3.3 Da Justificativa Para A Adoção Do Sistema De Reserva De Vagas No Brasil.....	39
3.4 As Divergências Quanto Aos Requisitos De Acesso.	43
3.5 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 do Distrito Federal.....	55
CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

O presente estudo se ocupa de realizar uma análise sobre o sistema de reserva de vagas, raciais e sociais, nas instituições públicas brasileiras de ensino superior.

Trata-se de ação afirmativa que já vinha sendo promovida pelas universidades públicas no bojo de suas prerrogativas e da autonomia administrativa conferida pela Constituição Federal, visando combater a desigualdade na disputa de vagas entre os candidatos.

O sistema ganhou força com o advento da Lei 12.711, de 29 agosto de 2012, e com a ratificação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 186, do Distrito Federal, que entendeu por sua constitucionalidade.

Este trabalho pretende demonstrar, sem esgotar o tema, o aparato de regras e princípios, constantes na Constituição Federal de 1988, que fundamentam as tentativas de efetivação da igualdade de oportunidades para o acesso ao ensino superior público no Brasil, e investigar as suas justificativas além do texto legal, e os seus possíveis efeitos.

Assim, o primeiro capítulo cuida de dois princípios que norteiam a política de reserva de vagas nas instituições públicas de ensino superior do Brasil: o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade.

No segundo capítulo, a problemática das ações afirmativas, seu histórico de aplicação no mundo e no Brasil, assim como seus objetivos, serão apresentados, e, ao final, enquadrados no nosso sistema constitucional.

Por fim, o terceiro capítulo tratará da reserva de vagas, e a respeito da Lei n.º 12.711/12, que prevê a aplicação da reserva de vagas nas universidades públicas federais do país. Nesse ponto, o objetivo é apresentar como é feita a reserva, quais seus destinatários, os critérios elegidos pelo legislador e a sua justificativa, assim como as discussões em torno dos critérios de seleção, abordando, inclusive, a jurisprudência pátria e a jurisprudência americana, tendo em vista as peculiaridades inerentes a esse aspecto. Em conclusão ao trabalho, será exposta a decisão do STF na ADPF 186, que entendeu pela constitucionalidade do sistema.

1. PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A POLÍTICA DE RESERVA DE VAGAS NAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO SUPERIOR DO BRASIL

A Constituição Republicana de 1988, já em seu preâmbulo, determina os valores que guiaram os constituintes, definindo os objetivos principais estabelecidos pelos representantes do povo, reunidos para instituir um Estado Democrático de Direito.

Neste capítulo serão abordados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e o da igualdade, que inspiram a reserva de vagas nas Instituições de Ensino Superior no Brasil.

Serão demonstrados com o objetivo de fundamentar o raciocínio que justifica a criação de políticas com a finalidade de garantir o pleno exercício dos direitos sociais e individuais.

1.1 Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana está assegurada na Constituição Federal brasileira de 1988, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (Art.1º da CF.¹). É uma das acepções do direito à vida, “*sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência*” (MORAES, 2009).

O direito à vida é a base de todos os direitos, pois a sua presença implica na existência e no exercício de todos os demais direitos (MORAES, 2009). No plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU), de 10 de dezembro de 1948, dispõe no art.1º, que “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade*”.

¹ Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I- A soberania;
- II- A cidadania;
- III- A dignidade da pessoa humana;
- IV- Os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa;
- V- O pluralismo político;

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

A raiz etimológica da palavra “dignidade” provém do latim: *dignus*. Digno é aquele que merece estima e honra, aquele que é importante. A ideia do valor intrínseco da pessoa humana tem raízes no pensamento clássico e no ideário cristão (SARLET, 2004).

No Antigo Testamento e no Novo Testamento cristão, há referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus. Nessa concepção o ser humano é dotado de valores próprios que lhe são intrínsecos, não podendo ser tratado como um objeto ou instrumento.

No ideal clássico, a dignidade da pessoa mantinha relação, em regra, com a posição ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade. Admitia-se uma quantificação e modulação da dignidade, em uma concepção que estabelecia a existência de pessoas mais ou menos dignas (SARLET, 2004).

A partir das formulações de Cícero, que desenvolveu uma compreensão de dignidade desvinculada do cargo ou posição social, foi possível reconhecer a coexistência de um sentido moral e sociopolítico de dignidade. Essas concepções foram sustentadas ainda no período medieval, que elegiam a racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano. A concepção de *dignitas humana*, de Tomás de Aquino, secundado em plena Renascença e no limiar da Idade Moderna, concebeu a racionalidade como possibilidade do ser humano de construir de forma livre e independente a sua própria existência e seu próprio destino (SARLET, 2004).

Mais tarde, a concepção de dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização e laicização no âmbito do pensamento jusnaturalista. Immanuel Kant sustentava que todo ser racional existe como um fim em si mesmo e não simplesmente como um meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Assim, tudo aquilo que não poderia ser posto em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, teria dignidade (KANT, 1973).

A concepção kantiana de que a dignidade da pessoa humana repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano, é permanente.

Ainda que tenha havido divergências filosóficas, como em relação à noção de Hegel, centrada na ideia de eticidade, na qual o ser humano não nasce digno, mas torna-se digno quando assume a condição de cidadão, não será abordada nesse estudo, bastando para que se cumpra o objetivo, expor que a evolução no campo da

construção de uma concepção filosófica e secularizada de dignidade, encontrou maior aceitação em Kant (SARLET, 2004).

Dessa forma, sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, como o reconhecimento de valores fundamentais que tem relação com a vida humana, na preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua em última análise, exigência da vida humana e de uma vida humana com dignidade (SARLET, 2004).

Por isso, um conceito de dignidade, para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, revela-se difícil de ser obtido. É um conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado pela ambiguidade e porosidade, tendo dessa forma uma grande variedade de significados possíveis de se obter (SARLET, 2004).

Ingo Wolfgang Sarlet, após discorrer sobre as dificuldades em definir a dignidade e seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental², formula uma proposta de conceituação jurídica:

“Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e, deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (2004, pp. 59-60).

O referido autor defende que a dignidade da pessoa humana está imbricada na essência humana, digna de respeito e estima, afirmando que ela é princípio fundante dos direitos de defesa e dos direitos sociais e a prestações, e que se abre para um jogo de ponderação com outros princípios constitucionais diante de interesses emergentes (SARLET, 2001).

A doutrina constitucional divide os direitos fundamentais em três níveis: direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração. Nos de primeira

² “(...) Reduzir a uma fórmula abstrata e genérica tudo aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana, em outras palavras, a definição do seu âmbito de proteção ou de incidência (em se considerando sua condição de norma jurídica), não parece ser possível, o que por sua vez, não significa que não se possa ou deva buscar uma definição, que, todavia, acabará alcançando pleno sentido e operacionalidade em face do caso concreto.” (SARLET, 2004, p. 57)

geração os direitos fundamentais voltam-se essencialmente para a proteção do indivíduo do poder estatal, consistindo num dever de abstenção do domínio privado. Os de segunda geração reclamam a participação do Estado a fim de garantir ao indivíduo o mínimo necessário para uma vida digna. E, por fim, os da terceira geração, dispõem da proteção de interesses comuns a todos, como a paz, o meio ambiente, o desenvolvimento econômico dos países (ARAÚJO ; NUNES JÚNIOR, 1999).

A forma de positivação e a função exercida pelos direitos fundamentais estão diretamente ligadas à sua eficácia e aplicabilidade. Seguem a presunção em favor da aplicabilidade imediata e da plenitude de eficácia dos direitos fundamentais, e do postulado otimizador da máxima eficácia possível, decorrente do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988³ (SARLET, 2012).

No entanto, tal norma constitucional não prevê a forma e os diversos efeitos possíveis dessa aplicabilidade imediata. Tratando-se de um direito que se dirige a um comportamento omissivo do Estado, que deve se abster de ingerir na esfera da autonomia pessoal, inexistem maiores problemas no que diz respeito à possibilidade de serem considerados diretamente aplicáveis e aptos, desde logo, a desencadear todos os efeitos jurídicos. O que não ocorre com os “direitos fundamentais a prestações”, que dependem da realização de ações ou prestações, fáticas ou normativas do Estado ou dos destinatários da norma (SARLET, 2012).

No ordenamento jurídico brasileiro a dignidade da pessoa humana ostenta o *status* de valor e princípio constitucional fundamental, atuando como uma espécie de mandado de otimização, ordenando a proteção e promoção da dignidade da pessoa, a ser realizada na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes (SARLET, 2013).

1.2 Princípio Da Igualdade

1.2.1 Breve Histórico

A Revolução Francesa e a Revolução Americana no século XVIII deram forma ao Estado Moderno, fazendo emergir a ideia de igualdade como princípio

³ Prevê o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988 que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata”.

incontornável dos documentos constitucionais então nascentes. Veio para dar sustentação jurídica ao Estado Liberal burguês, em que a lei deveria ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie (GOMES, 2001).

Nesse período, sua função era garantir a concretização da liberdade, sendo que a sua simples inclusão no rol dos direitos fundamentais era vista como suficiente para assegurar sua efetividade (GOMES, 2001).

Essa foi a forma pela qual, o princípio da igualdade, foi previsto desde o começo pelas Constituições do Brasil, tendo, no entanto sofrido uma evolução no século XX.

Isso porque a concepção liberal de igualdade, abstrata e levada a extremos por força do postulado da neutralidade estatal, na qual a igualdade jurídica nada mais era do que uma mera ficção passou por questionamentos e experiências constitucionais que procuraram extinguir ou, pelo menos, mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social (GOMES, 2001).

Assim é que, segundo Carmén Lúcia:

“Em nenhum Estado Democrático, até a década de 60, e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo” (ROCHA, 1996, p. 284).

Conforme afirmado, desde a época do Império as Constituições do Brasil trazem em seu texto o princípio da igualdade, tal como *igualdade perante a lei*, no sentido de que a lei e sua aplicação tratem a todos igualmente, sem levar em consideração as diferenças individuais ou de grupos (GUEDES, 2014).

Com efeito, a Constituição do Império de 1824 previa no art. 179, inciso XIII, que a lei seria igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensaria em proporção dos merecimentos de cada um.

No entanto, tal previsão existiu e conviveu com regras que a feriam, como por exemplo, a negação de acesso à vida política de acordo com sua renda, idade, e

condições sociais, conforme disposto na Constituição Imperial de 1824, no artigo 92, incisos I, III, IV, V, que restringia o voto nas Assembleias Paroquiais⁴.

Ainda nesse contexto, de acordo com o artigo 94, inciso II, do mesmo documento constitucional, os escravos, mesmos libertos, em maioria negra, eram proibidos de votar nas assembleias nacionais.

Com a proclamação da República em 1891 e o advento da Constituição Republicana ocorre uma evolução no que concerne à questão de igualdade, uma vez que se extinguiram os privilégios advindos do nascimento.

Foi redigida com o objetivo de assegurar a liberdade e a democracia, conforme se observa o §2º do artigo 72⁵ dessa Constituição, que vedava expressamente os privilégios do nascimento, e todas as regalias e privilégios decorrentes de honrarias e títulos, incluindo os de ordem real. Porém, foi omissa no que se refere à garantia da igualdade material, sendo ainda de caráter formal e abstrato, com uma função negativa (GUEDES, 2014).

A Constituição de 1934 foi a primeira a prever compromissos sociais para o Estado, conforme se verifica no artigo 10 do referido diploma constitucional, especificamente nos incisos II e V:

“Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:
 I - velar na guarda da Constituição e das leis;
 II - cuidar da saúde e assistência públicas;
 III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte;
 IV - promover a colonização;
 V - fiscalizar a aplicação das leis sociais;
 VI - difundir a instrução pública em todos os seus graus;
 VII - criar outros impostos, além dos que lhes são atribuídos privativamente.”

⁴ “Art. 92. São excluídos de votar nas Assembléas Parochiaes:

I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e Officiaes Militares, que forem maiores de vinte e um annos, os Bachares Formados, e Clerigos de Ordens Sacras. (...)

III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guardalivros, e primeiros caixeiros das casas de commercio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas ruraes, e fabricas.

IV. Os Religiosos, e quaesquer, que vivam em Communidade claustral.

V. Os que não tiverem de renda liquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos.”

⁵“Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece fóros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliarchicos e de conselho.” (BRASIL, 1988)

Previna a igualdade perante a lei e vedava expressamente no artigo 113, inciso I, as discriminações por “motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas”.

Como visto, a igualdade assumiu naquele tempo maior importância para o Estado, porém, a ambição deste texto constitucional foi freada em pouco tempo com a outorga do regime ditatorial de 1937.

No período que se passou a partir de 1946, com a promulgação de uma nova Constituição e o fim da ditadura, e a consequente redemocratização do país, as liberdades expressas anteriormente excluídas foram recuperadas pelos constituintes.

O regime democrático instituído recuperou o que de modo geral já havia anteriormente, mas não foi capaz de superar o caráter eminentemente formal das previsões já existentes do princípio da igualdade (GUEDES, 2014).

A falta de uma previsão normativa constitucional que levasse a igualdade obrigatoriamente a um plano material persistiu ainda durante a ditadura militar de 1967 até uma nova redemocratização, ganhando ampliação apenas com sua instituição como garantia constitucional já na Constituição de 1988.

A partir da Constituição Federal de 1988, foi firmado o primário da garantia da igualdade material ou substancial. O artigo 3º da atual Constituição Federal prevê como objetivo da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos vedando para tanto os preconceitos advindos de qualquer forma de discriminação, incluindo os de origem, raça, sexo, cor, e idade.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a Constituição de 1988 ao estabelecer que “todos são iguais perante a lei” não restringiu a nivelar os cidadãos, mas impôs tratamento isonômico na edição das leis (MELLO, 2003).

1.2.2 Conceito de igualdade

O princípio da igualdade é norma fundamental da Constituição Federal de 1988, e está expressamente disposto no *caput* do artigo 5º.

Ainda que expresso, a declaração de que todos são iguais perante a lei só adquire extensão ou definição qualitativa quando se delimita quais e quem são esses destinatários que são atingidos pela igualdade.

Na medida em que se define “em que” ou em quais situações os cidadãos são iguais em direitos, a afirmação ganha um caráter qualitativo e de definição dos termos e elementos a serem comparados (BOBBIO, 2002).

O conceito de igualdade é relacional, e irá sempre emergir de uma relação de comparação entre termos (pessoas, coisas, fatos) e suas características. Dessa forma, será possível sua existência e sua aferição quando estabelecida por comparação entre dois ou mais termos (GUEDES, 2014).

A igualdade jurídica, ou isonomia, é princípio constitucional que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Esse princípio abarca também o princípio da especialidade, que implica justamente no desdobramento daquele, que deverá considerar as diferenciações exigidas fática e axiologicamente (DINIZ, 2010).

Assim, para que um conceito legal, consubstanciado em norma definidora de igualdade, tenha validade jurídica, existem requisitos, de forma que para haver o devido tratamento isonômico dos cidadãos na edição das leis, primeiramente deverá haver uma relação de comparação entre dois ou mais termos e características dos próprios cidadãos, ou grupos, destinatários da lei, pois estes serão iguais ou desiguais quando comparados entre si.

Dessa forma, a lei irá determinar um elemento diferencial, pontos de diferença que atribuem relevo para fins de discriminar situações, inculcando cada qual efeitos jurídicos correlatos, e do conseqüente, desuniforme entre si (MELLO, 2003).

Há no sistema normativo constitucional a impossibilidade de se estabelecer desequiparações fortuitas ou injustificadas, e nele se assegura de forma genérica situações que são juridicamente intoleráveis, ou seja, uma lei será sempre desigual quando produzir desequiparações desmotivadas ou quando pela leitura da Constituição Federal de 1988 não for possível estabelecer um critério que justifique tal desequiparação.

Mas para que a lei ganhe aplicabilidade prática deverá obedecer a alguns critérios que devem ser identificados, como: quem são e quais são os destinatários finais da norma? O que permite determinar a igualdade ou desigualdade em relação a outras pessoas ou grupos? Quais os critérios legítimos utilizados para distinguir

peçoas e situações em grupos apartados para fins de tratamento jurídicos diversos? E que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade permite a discriminação de situações e peçoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia? (MELLO, 2003).

Ainda que não se leve em consideração a aplicabilidade prática, a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“a lei não deve ser fonte de privilégios e perseguições, mas instrumento regulador da vida social, que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes. Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento pacificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.” (MELLO, 2003, pg. 11)

O referido autor estabelece que para se identificar um eventual desrespeito à isonomia, deve-se investigar aquilo que é adotado como critério discriminatório e verificar se há justificativa racional para que seja atribuído tratamento jurídico diferenciado em função da desigualdade proclamada (MELLO, 2003).

Em suma, deverá haver correlação lógica e abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente, e uma correlação lógica concreta, que esteja dentro dos interesses abrigados pelo direito positivo constitucional. Isso se traduz na consonância ou não com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição.

Com relação ao fator de discriminação, a lei não poderá singularizar, no presente, de modo absoluto, o destinatário. O critério diferencial adotado deve residir no termo a ser discriminado, ou seja, o elemento deve residir no próprio termo para que sirva de base de sujeição a regime diferenciado (MELLO, 2003).

Cumpra verificar também se um mandamento, apesar de formalmente previsto, tem vigência material. Se a norma é enunciada em termos que prefiguram situação atual única, logicamente insuscetível de se reproduzir ou materialmente inviável, denuncia-se sua função individualizadora incorrendo em vício (MELLO, 2003).

Em conclusão, frisa-se que a presunção genérica e absoluta é a da igualdade, porque o texto da Constituição assim o impõe. Editada a lei, surgem as distinções que deverão se compatibilizar com o princípio.

Nesse sentido, a desigualdade criada deve ter previsão legal e guardar conjugação harmônica com as leis. Se a intenção não é fruto da lei, ainda que de modo implícito, a desequiparação pretendida é intolerável, injurídica e inconstitucional (MELLO, 2003).

2. AÇÕES AFIRMATIVAS

As ações afirmativas consistem em políticas públicas que visam concretizar o princípio constitucional da igualdade material e a neutralização dos efeitos decorrentes da discriminação racial, de gênero, de idade, origem nacional e de compleição física. Tem o objetivo de combater as manifestações flagrantes de discriminação e as de fundo cultural e estrutural, enraizadas na sociedade (GOMES, 2001).

São construções intelectuais destinadas a viabilizar a harmonia e a paz social, e não prescindem da colaboração e da adesão das forças sociais ativas. Portanto, para que se concretizem se faz necessário conscientizar a própria sociedade acerca da sua imprescindibilidade para eliminar ou reduzir as desigualdades sociais que operam em detrimento das minorias (GOMES, 2001).

Podem ser públicas ou privadas, coercitivas ou voluntárias, aplicadas para promover a promoção da inclusão social, jurídica e econômica de indivíduos ou grupos sociais/étnicos, frequentemente discriminados por uma sociedade.

A primeira experiência relevante em termos de ação afirmativa no mundo ocorreu na Índia. A Constituição da Índia, editada em 1950, banuiu o regime de castas, que, no entanto, não foi suficiente para acabar com a discriminação que ocorria em relação aos indivíduos pertencentes às castas inferiores, nem ao menos para assegurar a igualdade de oportunidades para todos (SARMENTO, 2006).

A Suprema Corte da Índia também julgou o primeiro caso envolvendo políticas de ação afirmativa, quando discutiu a constitucionalidade de uma lei estadual que instituía reserva de vagas para integrantes de castas inferiores em universidades de Medicina e de Engenharia. Essa lei foi declarada inconstitucional, por violar o princípio da igualdade (SARMENTO, 2006)

No mesmo ano, uma emenda alterou o texto constitucional para incluir expressamente a previsão de validade das medidas de discriminação positiva em favor de castas e tribos situadas em situação de desfavorecimento.

No caso *State of Kerala vs N.M Thomas* a Suprema Corte da Índia firmou o entendimento de que as medidas de discriminação positiva não deveriam ser vistas como meras exceções em relação a uma suposta regra geral de isonomia formal,

mas como providências para a busca da igualdade de oportunidades (SARMENTO, 2006).

A Índia foi, de fato, o primeiro país a adotar o sistema de cotas raciais, e elas são aplicadas até hoje no ensino superior indiano, produzindo resultados positivos, já que, em 1950, 1% dos *Dalits*⁶ tinha curso superior, número que em 2005 chegou a 12% (PISCITELLI, 2014).

Na África do Sul, onde houve a prática do regime do *apartheid*, o conteúdo da igualdade de sua atual Constituição, tem caráter afirmativo, aplicando-se tais medidas, à maioria da população (PISCITELLI, 2014).

Deve-se dar destaque também à experiência dos Estados Unidos em termos de política de ação afirmativa no campo racial.

A origem histórica do termo “ação afirmativa” deve-se ao ex-presidente norte-americano John Kennedy, que quando expediu a ordem executiva n.º 1.961, criou um comitê para estudar atitudes que o Estado deveria implementar com o intuito de promover igualdade de oportunidades no emprego (RIOS, 2004 *apud* PISCITELLI, p. 77).

Por parte do Judiciário americano, todavia, nem sempre a Suprema Corte foi favorável à adoção das ações afirmativas. Já o Legislativo, não teve participação relevante na formulação de tais políticas públicas (PISCITELLI, 2014).

Como se sabe, o regime de segregação racial, que separava brancos e negros em quase todos os aspectos da vida social, vigorou durante muito tempo no sul dos Estados Unidos. Nesse contexto, é importante citar alguns eventos que precederam e marcaram tal regime, e a experiência do Judiciário nesse período.

Em março de 1857 a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o caso *Dred Scott vs. Sandford* (ESTADOS UNIDOS, 1857). Firmou-se, àquele tempo, o entendimento de que os escravos negros não eram cidadãos, pois não seriam parte do *sovereign people*⁷ que editou a Constituição americana. Ficou assentado também que o Congresso Americano não poderia proibir a escravidão em nenhum território do país, pois qualquer banimento violaria à 5ª Emenda, que veda a negação de direitos de propriedade sem o devido processo legal.

⁶ “*Dalits*”: Termo que designa, na Índia “segmento mais baixo da sociedade, chamados de intocáveis, gente que anda com vassoura amarrada no dorso para varrer as próprias pegadas, que muda de calçada para não sujar o caminho dos mais nobres, que luta contra a opressão. São todos aqueles que violaram o sistema de castas por meio da infração de alguma regra social” (KALILI, 2003).

⁷ Povo soberano (Tradução livre).

O reconhecimento da cidadania dos negros naquela nação ganhou contornos depois da Guerra da Secessão, com a Abolição da escravidura, em 18 de dezembro de 1865. Três anos mais tarde, foi editada a Emenda n.º 14, que instituiu a igualdade de tratamento a todos aqueles que nascem nos Estados Unidos (AMEUR, 2013).

A escravidão, no entanto, deu lugar à segregação. Em 1896, foi discutido pela Suprema Corte norte-americana a constitucionalidade do regime de segregação racial no caso *Plessy vs. Ferguson* (PISCITELLI, 2014).

Homer Plessy, um homem negro, foi preso e condenado de acordo com uma Lei do Estado de Louisiana, quando insistiu em permanecer no vagão de um trem reservado para passageiros brancos (PISCITELLI, 2014).

Segundo a referida lei, as companhias de trem que prestavam serviço naquele Estado deveriam fornecer “*equal but separate accommodations for the white, and colored races*”⁸, sendo vedado que pessoas de etnias diferentes compartilhassem do mesmo vagão (PISCITELLI, 2014).

Naquela oportunidade a Suprema Corte de Justiça norte-americana, por maioria de seus membros, não vislumbrou violação à Constituição do país, nem à 13ª Emenda (Abolição da escravidão) e à 14ª Emenda (igualdade em imunidades e privilégios a todos os cidadãos). A referida Corte manifestou-se pelo entendimento de que a 14ª Emenda não determinava a eliminação de desigualdades sociais (PISCITELLI, 2014).

Além disso, firmou-se que a lei em discussão era neutra do ponto de vista racial, pois, afinal de contas, sua proibição atingia a todos da mesma forma. Assim, desde que houvesse igualdade material nas instalações, não haveria problema na política de segregação. Concluiu afirmando que qualquer queixa deveria ser atribuída ao sentimento inato de inferioridade dos negros, para o qual o direito não oferecia solução (BINENBOJM, 2003).

Ficou vencido apenas o *Justice* John Marshal Harlan, que entendeu ser inconstitucional a Lei de Louisiana, com base na doutrina de que “*constitution is colorblind*”⁹ (PISCITELLI, 2014).

Com isto, estabeleceu-se um precedente, e a doutrina do “*Equal but separate*”¹⁰, permitiu a edição de leis que criavam todo tipo de segregação racial

⁸ Acomodações iguais, porém separadas, para brancos e negros (Tradução livre).

⁹ A Constituição é cega à cor (Tradução Livre).

¹⁰ Do Inglês, o termo significa: iguais porém separados (tradução livre).

entre brancos e negros (de assentos em ônibus e trens à acomodações em hotéis e restaurantes) (PISCITELLI, 2014).

Na década de 50, com a força dos movimentos de direitos civis, a Suprema Corte americana abandonou tal doutrina. No caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, em 1954, foi instituído o “princípio da não segregação na educação pública”. No ano seguinte, juízes federais foram incumbidos na tarefa de fiscalizar a implementação pelos Estados do aludido princípio, que fora estabelecido naquele julgado¹¹ (SARMENTO, 2006).

Esses fatos marcaram o que se denomina de ativismo judicial norte-americano em prol das ações afirmativas, que obstou a doutrina dos “iguais, mas separados”, no âmbito do ensino público americano (PISCITELLI, 2014).

Contudo, os Estados sulistas conseguiam evadir-se às decisões proferidas pela Justiça Federal do país. Até 1967, ainda vigorava uma lei que proibia casamentos inter-raciais no Estado da Virgínia (caso *Loving v. Virgínia*) (SARMENTO, 2006).

Destaque-se, também, que somente em 1969, no caso *Alexander v. Holmes Country Board of Education*¹², foi determinado que as escolas privadas também banissem qualquer discriminação segregatória em relação aos negros (PISCITELLI, 2014).

Como visto, a simples vedação das práticas discriminatórias, não bastou para assegurar aos afro-americanos a igualdade de oportunidades, de forma que surgiram, na década de 60, as primeiras políticas de ação afirmativa nos Estados Unidos (SARMENTO, 2006).

Apesar de ter sofrido críticas de segmentos mais à direita da política, tendo a Suprema Corte assumido um perfil conservador e refratário às medidas de ação afirmativa, muitos estudiosos enfatizam que:

“A sua aplicação ao longo das décadas produziu resultados altamente significativos naquele país, melhorando a condição de vida do negro, rompendo estereótipos negativos, fortalecendo a autoestima do afro-americano e fomentando o pluralismo sociocultural” (SARMENTO, 2006, p. 160).

¹¹ *Brown vs. Board of Education of Topeka II*, conhecido como *Brown II*.

¹² 396 U.S. 19

Como já destacado, as ações afirmativas são aplicadas em vários países (em sociedades plurirraciais), que sofrem com questões de desigualdade de cunho étnico-racial.

Na África do Sul, há previsão em sua Constituição, no artigo 9.2., de que:

“Para promover a igualdade, podem ser adotadas medidas legislativas, dentre outras, com a finalidade de proteger ou beneficiar pessoas ou categorias de pessoas, em situação desvantajosa em razão de discriminação injusta” (ÁFRICA DO SUL, 1996, p. 12).

A Carta Canadense de Direitos e Liberdades, em seu artigo 15 (1), define que:

“Todo indivíduo é igual perante a lei e tem direito a proteção e benefícios iguais da lei sem que possa prevalecer qualquer discriminação, sobretudo em razão de raça, nacionalidade, origem étnica, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência mental ou física” (CANADÁ, 1982, p. 80).

O artigo 15 (2), da mesma carta, complementa o anterior:

“O parágrafo (1) não impede a existência de nenhuma lei, programa ou atividade que tenha por objetivo melhorar a situação de indivíduos ou de grupos desfavorecidos, especialmente em razão da sua raça, nacionalidade, origem étnica, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência mental ou física” (CANADÁ, 1982, p. 80).

No Quênia, o Estado tem a obrigação constitucional de tomar medidas legislativas e de outras naturezas, inclusive programas de ação afirmativa, com a finalidade de reparar qualquer desvantagem sofrida por pessoas ou grupos devido à discriminação passada. Há previsão constitucional expressa de ações afirmativas, que são usadas para fundamentar inúmeras políticas afirmativas, com base no princípio da igualdade, e não em qualquer outra cláusula expressa na *Katiba*¹³ (LEAL, 2013).

No Brasil, a Constituição de 1988 baseou-se em uma idéia substancial de isonomia, partindo da premissa de que o Estado está legitimado para intervir no plano social para promover a igualdade de fato entre as pessoas. De fato, a

¹³ Termo da língua suaáli, idioma nacional do Quênia, que significa Constituição.

igualdade instituída pela Constituição de 1988 não é apenas formal, pois não representa somente um limite, é também verdadeira meta para o Estado.

Trata-se de promover a igualdade substancial, quando se constata que um dos objetivos fundamentais da República, presente no art. 3º da Constituição Federal, inciso I, é o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; no inciso III de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”; e ainda, no inciso IV, “promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Se assumirmos que a promoção do bem de todos, sem nenhum dos preconceitos elencados acima, é regra, e não uma norma programática com conteúdo meramente declaratório ou princípio que procura estatuir uma obrigação de otimização, resta claro que o legislador fica proibido de utilizar certos critérios para a prática de uma desvantagem a ser imposta a um grupo qualquer de pessoas, que seja submetido a uma dessas categorias (MARTINS, 2013)

Nota-se que a Constituição brasileira parte da premissa de que a sociedade é profundamente assimétrica e desigual, e que isso deve ser combatido através de ações positivas por parte do Estado e da sociedade (SARMENTO, 2006).

A lei, ao ser editada, está obrigada a levar em consideração os desníveis sociais existentes, sob pena de agir em confronto com o texto constitucional brasileiro. Vale lembrar que o pluralismo - um dos fundamentos filosóficos das políticas de ação afirmativa – está expresso no Preâmbulo e no art.1º, inciso V, da Constituição de 1988.

Não existe uma verdadeira igualdade jurídica quando há desigualdade de fato. A ação afirmativa tem o objetivo de corrigir essa distorção, e possibilitar então a igualdade jurídica.

Podemos afirmar que há, em razão de vontade do próprio constituinte originário, duas políticas de ações afirmativas expressas no próprio documento constitucional: (i) no artigo 7º, inciso XX, da Constituição Federal, que protege a mulher no mercado de trabalho, e (ii) a reserva de vagas em concursos públicos para pessoas portadoras de deficiência, prevista no artigo 37, inciso VIII da Constituição Federal.

Assim, as ações afirmativas podem ser definidas como:

“(...) um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.” (GOMES, 2001, p. 40).

Tais ações visam à promoção de direitos inerentes a todo e qualquer ser humano, de forma que, não basta a previsão normativa das garantias, sendo necessária a sua instrumentalização por meio de uma atuação do Estado e da sociedade.

Para tanto, o direito positivado, para ser efetivado, apoia-se na interpretação de que a igualdade que se pretende e o que se necessita impedir para realizar a igualdade no Direito não pode ser extraída ou cogitada apenas no momento em que se identificam as pessoas postas em uma dada situação submetida ao Direito¹⁴, mas, segundo Carmén Lúcia:

“Deve atentar para a igualdade jurídica a partir de toda a dinâmica histórica da sociedade, para que se focalize e retrate não apenas um instante da vida social, aprisionada estaticamente e desvinculada da realidade histórica de determinado grupo social. Há que se ampliar o foco da vida política em sua dinâmica, cobrindo espaço histórico que se reflita ainda no presente, provocando agora desigualdades nascentes de preceitos passados e não de todo extintos. A discriminação de ontem pode ainda tingir a pele que se vê de cor diversa da que predomina entre os que detêm direitos e poderes de hoje.” (ROCHA, 1996, p. 288).

Nesse sentido, partindo do fato de que a escravidão deixou marcas indeléveis na sociedade brasileira, em que os negros constituem mais da metade da população brasileira (IBGE, 2010), com 51% dos habitantes do Brasil, e que hoje se enquadram nos indicadores negativos do Índice de Desenvolvimento Humano¹⁵, constata-se a necessidade de se socorrer de políticas de ação afirmativa.

Em relação ao acesso à educação, o IBGE (2010) apurou que 70% dos 14 milhões de analfabetos do país são negros.

¹⁴ A essência do princípio da igualdade – de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam – encontra nova interpretação no acolhimento concernente à ação afirmativa. (ROCHA, 1996)

¹⁵ Segundo estudo do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) mais de 70% dos brasileiros situados na faixa de vulnerabilidade social e econômica são negros. No relatório Global sobre Igualdade no Trabalho de 2011, estudo da OIT (Organização Internacional do Trabalho), ficou constatado que a taxa de desemprego é maior entre os negros.

No ensino superior, de acordo com a pesquisa feita pela Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (Andifes) sobre o perfil dos estudantes de graduação do Brasil, apurou-se que apenas 8,72% dos estudantes são negros, os brancos 53,9%, e os pardos, 32%.

Realidade que durante muito tempo permaneceu totalmente ignorada pela maior parte da sociedade, a segregação racial ainda é um grave problema nacional, mas pode-se dizer que os brasileiros tanto conviveram com esta desigualdade que perderam a capacidade crítica de percebê-la como uma tremenda injustiça (SARMENTO, 2006).

Quanto ao mito racial, ou seja, a crença de que a discriminação racial no Brasil foi menos opressiva que em outros países, que durante o século XX dominou o pensamento brasileiro¹⁶, cumpre transcrever as palavras de Daniel Sarmiento:

“[...] E nem é preciso recorrer a contundência das estatísticas para derrubar o famigerado mito. Para quem tem olhos de ver, basta um giro pelos *shopping-centers* ou restaurantes frequentados pela elite em qualquer centro urbano do país para constatar a exclusão social dos negros, que, no entanto, estão muitíssimo “bem representados” em outros espaços menos glamorosos, como presídios e favelas” (SARMENTO, 2006, p. 139-140)

Inegável, portanto, que a Constituição brasileira vigente partiu de uma premissa de que a igualdade no Brasil é algo que deve ser construído. No âmbito da educação pública, as disposições constitucionais estabelecem o ideal de promover o desenvolvimento da pessoa, como cidadão qualificado para o trabalho, sob o manto do princípio da igualdade de oportunidades para o acesso e permanência na escola, entre outros¹⁷.

Sabe-se que as proclamações jurídicas por si sós, constitucionais ou hierarquicamente inferiores, não são suficientes para reverter as percepções generalizadas, e ancoradas na tradição cultural de que a uns devem ser designados papéis de dominação e a outros de inferioridade e subordinação.

¹⁶ Tese defendida por Gilberto Freire, Casa Grande e Senzala, que sustentava que as relações raciais existentes no Brasil seriam menos opressivas do que as se deram em outros países em que houve escravidão. (SARMENTO, 2006)

¹⁷ Artigos 205 e 206 da Constituição Federal de 1988.

A renúncia do Estado à sua histórica neutralidade em questões sociais¹⁸ desencadeou a assunção de uma posição ativa, e até radical se vista à luz dos princípios norteadores da sociedade liberal clássica.

O Estado, no âmbito das políticas governamentais, ao invés de conceber políticas públicas em que todos seriam beneficiários independentemente de qualquer fator, passa a levar em conta esses fatores, como sexo, raça e cor, não para prejudicar quem quer que seja, mas para evitar que a discriminação, que tem um fundo histórico e cultural, termine por perpetuar as iniquidades sociais (GOMES, 2001).

Assim, as ações afirmativas podem ter fundamento: (i) na justiça compensatória; (ii) na justiça distributiva; e (iii) na promoção do pluralismo e fortalecimento da identidade e autoestima do grupo favorecido (SARMENTO, 2006).

A justiça compensatória argumenta que a situação social dos negros hoje em dia se dá por um histórico de discriminações no passado em razão da escravidão.

Por isso, é justo que a sociedade de hoje os compense, não só pelas injustiças sofridas por seus antepassados, mas porque os efeitos destas injustiças ainda os atingem atualmente (SARMENTO, 2006).

No entanto, não se pode negar que muitos sofrem dos efeitos negativos decorrentes de medidas de políticas afirmativas, e há autores que defendem que estes muitos não podem ser prejudicados por equívocos de um passado distante, em que não tiveram nenhuma influência (CRUZ, 2003 *apud* SARMENTO, 2006)

No Brasil, não se pode negar que a situação desfavorável dos negros de hoje tem relação com a escravidão, uma vez que a discriminação continuou ocorrendo depois da abolição da escravatura. Por isso, o argumento da justiça compensatória será levado em conta nesse estudo como uma razão coadjuvante para a adoção das medidas de discriminação positiva, conforme a linha de raciocínio seguida por Daniel Sarmento.

Já os que defendem a justiça distributiva, baseada na constatação empírica da situação de desvantagem social dos negros, aduzidas no presente, justificam a

¹⁸ Ideia chave da sociedade liberal-capitalista ocidental em que a neutralidade estatal se revelava na não intervenção na matéria econômica, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. (GOMES, 2001)

“Como se sabe, a idéia de neutralidade estatal tem-se revelado um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos ou categorias de pessoas em posição de subjugação legal, de inferioridade legitimada pela lei, em suma, em países com longo passado de escravidão”. (Gomes. Ação Afirmativa & princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. p. 36)

adoção de medidas que tentam favorecê-los por meio da distribuição dos bens socialmente relevantes, para promover a equidade entre as raças. (SARMENTO, 2006)

O pluralismo, e a ideia de fortalecimento da identidade e autoestima do grupo favorecido, pretendem romper com o modelo informal de segregação, ou seja, aquele em que o negro está sistematicamente em posições subalternas, privando também o branco de compartilhar de nível social mais elevado por não poder conviver de igual para igual, e de aprender sobre seus valores, culturas e experiências, pois entendem que as instituições que põem em prática políticas de ações afirmativas lucram com diversidade racial, tornando-se mais abertas e arejadas. (SARMENTO, 2006)

3. DA RESERVA DE VAGAS NAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO SUPERIOR NO BRASIL

3.1 Instituições Públicas de Ensino Superior e o Papel Da Administração Pública

Sob o prisma do Direito Administrativo, temos que as Instituições Públicas de Ensino Superior são entidades da administração pública indireta, que prestam serviço público social e atendem a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, a exemplo dos serviços de saúde e previdência. O objetivo dessas entidades é de atender aos direitos sociais do homem, considerados direitos fundamentais pelo art.6º da Constituição brasileira de 1988 (DI PIETRO, 2014).

A Constituição Federal de 1988 estabelece ainda, no art. 205, que a educação é direito de todos e dever do Estado e da Família, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade para proporcionar pleno desenvolvimento e preparação do ser humano pra o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

As instituições de ensino e pesquisa são responsáveis, juntamente com a vida familiar, o convívio humano, o trabalho, movimentos sociais e organizações da sociedade civil, e manifestações culturais, pelo processo formativo abrangido pela educação. As instituições de ensino superior tratadas no presente trabalho são aquelas especificadas na Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), em seu art. 45. Vejamos:

“A educação superior será ministrada em instituições de ensino superior, públicas ou privadas, com variados graus de abrangência ou especialização.”

O presente trabalho se ocupa de debater sobre a lei que estabelece a reserva de vagas em instituições públicas de ensino superior. Como visto acima, a educação superior se desenvolve predominantemente por meio do ensino em instituições públicas ou privadas.

Assim, as Instituições de Ensino Superior podem ser criadas pelo Estado ou pela iniciativa privada¹⁹ (desde que cumpra os requisitos do art. 7º da CF²⁰), e segundo o que dispõe o artigo 44 da Lei de Diretrizes e Base da Educação (Lei 9394/96), devem abranger:

- “I - cursos sequenciais por campo de saber, de diferentes níveis de abrangência, abertos a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos pelas instituições de ensino, desde que tenham concluído o ensino médio ou equivalente;
- II - de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo;
- III - de pós-graduação, compreendendo programas de mestrado e doutorado, cursos de especialização, aperfeiçoamento e outros, abertos a candidatos diplomados em cursos de graduação e que atendam às exigências das instituições de ensino;
- IV - de extensão, abertos a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos em cada caso pelas instituições de ensino.”

As Instituições Públicas de Ensino Superior são aquelas mantidas e administradas pelo Poder Público, na forma Federal, Estadual ou Municipal, e são financiadas pelo próprio Estado, sem cobrança de matrícula ou mensalidade (art.208, §1º, CF).

Por outro lado, as instituições de ensino privado são administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, com finalidade de lucro ou não²¹.

¹⁹ Art. 19 da lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei 9394/96:

“As instituições de ensino dos diferentes níveis classificam-se nas seguintes categorias administrativas:

- I - públicas assim entendidas as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público;
- II- privadas, assim entendidas as mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.”

²⁰ Art. 7º O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

- I - cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino;
- II - autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público;
- III - capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da Constituição Federal.

²¹ As instituições privadas sem finalidade de lucro são:

- I- As comunitárias, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas educacionais, sem fins lucrativos, que incluam na sua entidade mantenedora representantes da comunidade;
- II - As confessionais assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem a orientação confessional e ideologia específicas e ao disposto no inciso anterior;
- III - As filantrópicas, na forma da lei (art. 20 da LDB).

As Instituições de Ensino Superior podem receber diversas denominações, de acordo com suas classificações acadêmico-administrativas. No caso das universidades, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional cuidou em dispor no art. 52, *in verbis*:

“As universidades são instituições pluridisciplinares de formação de quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano, que se caracterizam por: I - produção intelectual institucionalizada mediante o estudo sistemático dos temas e problemas mais relevantes, tanto do ponto de vista científico e cultural, quanto regional e nacional; II - um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado; III - um terço do corpo docente em regime de tempo integral.”

Ademais, existem os Centros Universitários, definidos como instituições pluricurriculares, que abrangem uma ou mais áreas do conhecimento. São semelhantes às Universidades em termos de estrutura, mas não encontram definição na Lei de Diretrizes e Bases e não apresentam o requisito da pesquisa institucionalizada²².

A Faculdade, também como uma Instituição de Ensino Superior, não tem autonomia para conferir títulos e diplomas, os quais devem ser registrados por uma Universidade, e não tem o dever de promover a pós-graduação. Essa denominação refere-se também a unidades orgânicas de uma Universidade²³.

Por fim, os Institutos Federais são unidades voltadas à formação técnica, com capacitação profissional em áreas diversas. Oferecem ensino médio integrado ao ensino técnico, cursos técnicos, cursos superiores de tecnologia, licenciaturas e pós-graduação²⁴.

As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, tendo que obedecer ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, conforme estabelece o art. 207 da CF/88.

A Lei que reserva vagas para negros, pobres e índios nas Universidades Públicas Federais, é espécie do gênero ação afirmativa, e resultou de pressões e

²² Classificações disponíveis no site do Ministério das Relações Exteriores, no link: http://www.dce.mre.gov.br/nomenclatura_cursos.html.

²³ *Idem*.

²⁴ *Idem*.

movimentos sociais independentes, como resoluções de órgãos deliberativos das instituições de ensino superior e leis estatais. De fato, os programas de cotas raciais pra o ingresso dos negros à Universidade já vinham sendo implementados desde 2004, no âmbito de cada Instituição Superior do Brasil, sob o prisma da autonomia constitucional que lhes foram atribuídas (PISCITELLI, 2014).

Deve-se frisar que a Administração Pública desenvolveu-se a um ponto em que deve promover a operacionalização das políticas do Estado, não condicionada somente ao princípio da legalidade estrita, mas pela obediência ao Direito, e principalmente às suas normas principiológicas, elencadas na Constituição de 1988 (PISCITELLI, 2014).

Dessa forma, a política de cotas demanda a leitura sob o viés de política pública, na qual:

“precipuamente o Governo, mas também o Legislativo, o Judiciário e a sociedade como um todo devem decidir de sua conveniência e oportunidade, não mais sob um ângulo do ato administrativo unilateral, senão o do ambiente das audiências públicas que propiciem a participação da comunidade envolvida; no entanto, em caso de omissão, deve, sim, o Judiciário proceder a tal tarefa, em obediência a força vinculativa dos direitos fundamentais esposada pela carta fundante.” (PISCITELLI, 2014, p. 122).

Importante frisar a contribuição dada pelas instituições de ensino superior privadas, a exemplo da Rede Metodista de Educação do SUL – IPA, no Rio Grande do Sul, que concede bolsas integrais, metade para casos individuais e a outra metade para demandas coletivas, em que, no último caso, se dá por uma solicitação de uma organização comunitária ou movimento social, do qual pertençam pessoas socialmente excluídas (PISCITELLI, 2014).

Outro ponto importante para ser destacado, no que tange às ações afirmativas para a inserção dos negros, são as experiências envolvendo o setor não governamental no Brasil, a exemplo das redes de pré-vestibulares comunitários, que são mantidos pela Educação e Cidadania de Afrodescendentes e carentes (EDUCAFRO) e o Pré-vestibular para Negros e Carentes (PVNC).

Cita-se também a Fundação Bank Boston, que, em parceria com o Instituto da Mulher Negra – Geledés, promove o Projeto Geração XXI, que beneficia 21 jovens negros na preparação para o ingresso na Universidade (PISCITELLI, 2014 *apud* SILVA, 2003).

E por último, mas não menos importante, na esfera da parceria público-privada, temos o Programa Universidade para Todos – Prouni, instituído pela MP 213/04 e institucionalizado pela Lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005. O Prouni consiste em concessão de bolsas parciais e integrais para o custeio do ensino universitário em instituições privadas de ensino. Os cidadãos afrodescendentes concorrem às bolsas de acordo com a sua participação na população de determinada unidade da federação. Todos devem se enquadrar nos requisitos do programa, quais sejam, prestar o Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM e terem renda pessoal limitada (PISCITELLI, 2014).

Cita-se, que o Plenário do STF, por maioria dos votos, julgou improcedente o pedido da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3330, de relatoria do ex-ministro Ayres Britto, no dia 03 de maio de 2012. A ação foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenem) e questionava a constitucionalidade da lei que instituiu o Prouni (PISCITELLI, 2014).

3.2 Da Lei Que Reserva Vagas nas Instituições Públicas de Ensino Superior

A Lei 12.711, promulgada em 09 de agosto de 2012, instituiu um prazo máximo de 4 (quatro) anos, contados a partir de sua publicação, para que haja a reserva de pelo menos 50% das matrículas por curso e turno nas 59 universidades federais e 38 institutos federais de educação, incluídos os de ciência e tecnologia do Brasil²⁵. Trata-se de lei federal aplicável somente à União (PISCITELLI, 2014).

Essas vagas reservadas se destinam a alunos que cursaram integralmente o nível médio em ensino público, e dentro dessas vagas, metade são reservadas às famílias com renda de até 1,5 (um e meio) salários mínimos mensais por pessoa.

Dispõe o artigo terceiro da referida lei que o preenchimento da outra metade das vagas reservadas se dará por autodeclarados negros, pardos ou indígenas, na proporção no mínimo igual à de negros, pardos ou indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a Instituição, segundo o último censo do IBGE²⁶. Em caso de não preenchimento das vagas segundo estes critérios, deverão

²⁵ Poderá haver a reserva de um percentual maior, com base na autonomia didático-científica das Instituições Federais (PISCITELLI, 2014).

²⁶ Art. 3º. Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção

ser complementadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

A lei não estipula nenhum prazo, mas determina no art. 7º que, em 10 anos, seja elaborada uma revisão do programa, o que configura o seu caráter excepcional de existência, com duração limitada, sendo assim (PISCITELLI, 2014, p. 160):

“Capaz de corrigir, ainda que parcialmente, a enorme desigualdade fática entre brancos e negros existente antes de sua implantação, finda a qual deverá se proceder a uma análise estatística dos resultados obtidos no período.”

Por ser um assunto muito polêmico, o “sistema de cotas”, como é amplamente conhecido, deve se justificar em bases muito seguras que estejam aptas a responder às perguntas mais inquietantes quanto a seus aspectos principiológicos pela sociedade.

Afinal, é justo violar o direito das pessoas de serem julgadas pelos seus méritos individuais, como garantido pela Constituição Federal no artigo 208, inciso V²⁷, suprimindo os direitos daqueles que dispõem de melhores oportunidades em prol dos que sempre tiveram menos, ou, pelo menos, dificilmente poderiam concorrer a uma instrução qualificada e superior de maneira equitativa com aqueles?

Devemos levar em conta, além disso, as consequências práticas, quando nos deparmos com a questão.

A ação afirmativa promovida pelo Estado produz mais mal do que bem? Tal ação estaria permitindo a essa parcela da população, favorecida pelos sistemas de cotas, matricular-se em cursos além de suas capacidades? Estaríamos ainda, traçando, no caso das cotas raciais, um estigma que trataria os negros como

no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)

²⁷ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

inferiores e fazendo com que a comunidade se torne mais prevenida com relação às questões raciais, e aumentando dessa forma as tensões sociais?

Ronald Dworkin, falando sobre as cotas raciais adotadas nos Estados Unidos, pontua que jamais poderemos nos apoiar em argumentos superficiais, pautados em geral em anseios morais, para responder a essas perguntas. Na verdade tais questionamentos estão vinculados, e devem ser analisados em conjunto pois:

“muita gente acha que a ação afirmativa é justa quando proporciona um bem substancial, ou para aqueles aos quais se destina a beneficiar ou a toda comunidade, mas injusta se não o fizer, pois os danos que provoca às esperanças de admissão dos outros candidatos (entre os quais não há só brancos, porém outras minorias, como asiático-americanos, cujas notas em grupo são relativamente altas) serão então inúteis” (DWORKIN, 2000a p. 549).

É dessa forma que o autor citado, trabalha seus argumentos respondendo a muitos questionamentos, inclusive os destacados aqui, com base em um estudo estatístico feito sobre os 30 anos de ação afirmativa nas universidades dos EUA, intitulado “*The shape of the river*”, de Willian G. Bowen (foi reitor da Universidade de Princeton) e Derek Bok (ex-reitor da Universidade de Harvard), que analisa uma imensa base de dados de históricos escolares, compilada pela fundação Mellon, da qual Bowen é presidente. O livro faz registro sobre a raça, sexo, notas no ensino médio, SAT (exame semelhante ao vestibular no Brasil), carreira escolhida e notas, atividades extracurriculares, qualquer registro de curso de graduação ou profissionalizante e, para muitos, histórico econômico e social da família dos graduandos.

Destaca Dworkin, quanto aos estudos feitos nessa área, que tanto os que defendem quanto os que são contra as cotas raciais baseiam-se em relatos introspectivos ou causais de negros bem sucedidos que atribuem à ação afirmativa o fato de terem tido uma chance, ou a culpam por estigmatizá-los, insultá-los ou vulgarizá-los. Ele afirma que, embora muitos estudos sejam excelentes sobre essas questões (citados na obra “*The shape of the river*”), poucos têm a abrangência necessária.

Muito se diz, também, que a política de reserva de vagas cria conflitos raciais, promovendo uma discriminação às avessas e diminuindo a qualidade do ensino superior, além de violar o princípio do mérito e que essas medidas são insuficientes

no combate às desigualdades. Porém, estas asserções precisam ser vistas com cuidado, já que não se amparam em dados empíricos (DAFLON, 2008)²⁸.

É por isso que as justificativas quanto às discussões, que são oriundas dos anseios da sociedade, conforme demonstrado, devem ter uma abrangência que extrapola o senso comum, que normalmente é “contaminado” por detalhes casuísticos ou dilemas morais (DWORKIN, 2000a).

É comum o argumento de que os beneficiados pelas ações afirmativas podem se sentir diminuídos ou degradados pela obtenção de tratamento mais favorável, sob o argumento de que isto importaria um reconhecimento de inferioridade e incapacidade de competição, em condições de igualdade, com o restante da sociedade.

Porém, esse argumento não procede de maneira geral, pois as pessoas beneficiadas pelas medidas de discriminação não se sentem diminuídas. E mesmo que alguns dos beneficiários sintam-se dessa maneira, suas percepções devem ser respeitadas, pois as políticas de ação afirmativa não podem implicar a imposição autoritária para aqueles que não as querem, seja por se sentirem diminuídos, seja por acreditarem que não necessitam. (SARMENTO, 2006).

Neste ponto, deve-se ressaltar que a ação afirmativa que prima pela igualdade de oportunidades para ingresso nas universidades públicas deve passar por uma análise a respeito dos limites constitucionais materiais a que estão sujeitas as políticas de ação afirmativa, especialmente no campo racial (SARMENTO, 2006).

Antes mesmo de a questão das cotas raciais serem abordadas pelo Supremo Tribunal Federal, Daniel Sarmiento já havia desenvolvido a ideia de que seria preciso analisar os limites substanciais a que estão sujeitas todas as ações afirmativas, no caso expondo sobre as de cunho racial. Segundo o referido autor:

“(a) as políticas de ação afirmativa não podem ser impostas aos seus beneficiários contra a vontade deles; (b) elas devem ser temporárias; (c) devem estar de acordo com o princípio da proporcionalidade, na sua tríplice dimensão: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”. (SARMENTO, 2006, p. 163)”

Dessa forma, aquele que tem assegurada a possibilidade de concorrer em igualdade de condições com os demais candidatos, não é obrigado a beneficiar-se

²⁸ Fry, Maggie, Chor Maio et al, 2007 *apud* Daflon, 2008.

da discriminação positiva se assim preferir, sob pena de violar o princípio da dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2006).

A limitação do tempo das medidas de discriminação positiva, como visto, também é essencial, pois, segundo Daniel Sarmento:

“Do contrário, estar-se-ia criando um sistema de castas, em que pessoas teriam direitos diferentes sem qualquer razão plausível para isso. Nada obsta, porém, que ao fim do prazo estabelecido para vigência da medida de discriminação positiva, seja ela prorrogada, caso seus objetivos ainda não tenham sido plenamente atingidos” (SARMENTO, 2006, p. 164)

O limite mais complexo imposto às ações afirmativas diz respeito ao princípio da proporcionalidade. Tal princípio desdobra-se, de acordo com a doutrina, em três subprincípios, a saber:

“(a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e da (c) proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão” (BARROSO, 1996 *apud* SARMENTO, 2006, p. 164).

Em relação ao subprincípio da adequação, este se aplica para identificar se a ação afirmativa em questão é apta a promover os objetivos a que se destina (SARMENTO, 2006).

O segundo subprincípio implica na necessidade de se aferir quanto a possibilidade de se utilizar meio mais brando em relação aos interesses de terceiros, e que mesmo assim promova as finalidades almejadas (SARMENTO, 2006).

A proporcionalidade em sentido estrito trata da observância e do ato de equilibrar os interesses constitucionais envolvidos, para assim, certificar-se de que a medida de ação afirmativa supera os ônus que decorrem de sua implementação. Quanto a isso

“É preciso medir, por exemplo, o grau de restrição aos interesses daqueles não contemplados pela medida de discriminação positiva, confrontando-o com os benefícios decorrentes da implementação da política em questão. Além dos direitos dos não incluídos, outros bens

jurídico-constitucionais podem também estar envolvidos, como o princípio da eficiência administrativa” (SARMENTO, 2006, p. 165).

As diversidades regionais, por exemplo, devem ser levadas em consideração no estabelecimento de cotas para afrodescendentes em instituições de ensino superior. Um percentual mais elevado em determinado estado da Federação pode ser constitucional (exp.: Bahia), enquanto que em outros estados, o mesmo percentual será inconstitucional (exp.: Santa Catarina) (SARMENTO, 2006).

Se os pressupostos elencados acima forem atendidos, a medida de ação afirmativa será compatível com a Constituição. Verifica-se, portanto, que a política de reserva de vagas nas Instituições de Ensino Superior são compatíveis, e mais do que isso, elas são um caminho necessário para inclusão pessoas social e racialmente excluídas no país (SARMENTO, 2006)

Por fim, importante destacar o entendimento de que os princípios fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 devem ser interpretados de forma que se busque mais do que o simples amparo no sistema jurídico vigente. Uma leitura literal do texto constitucional não é suficiente no debate da presente problemática, de forma que a questão das cotas deve passar por uma interpretação sistemática e teleológica do nosso Direito Constitucional (PISCITELLI, 2014).

Os princípios, assim como as regras, formam o gênero norma, e têm força cogente. Estes precisam ser assimilados pela cultura jurídica nacional e pela jurisprudência. O uso do método estatístico também é importante para proporcionar uma visão realista por parte do Magistrado nas situações fáticas postas a julgamento. Não é possível chegar a uma opção consciente pela adoção da igualdade material sem passar por esse processo cognitivo-comportamental (PISCITELLI, 2014).

3.3 Da Justificativa Para A Adoção Do Sistema De Reserva De Vagas No Brasil

A reserva de vagas nas universidades brasileiras está inserida em um contexto muito importante do desenvolvimento econômico e social, pois a implementação dessas políticas é capaz de conduzir o país a uma progressão que foca nas liberdades pessoais como fator essencial, e delas não podem se

desvincular, pois são preceitos fundamentais decorrentes da vontade política consubstanciada na Constituição Federal de 1988.

Na linha do que foi exposto no capítulo 2, temos que a leitura sistemática e teleológica da Constituição revela o dever do Estado brasileiro de agir para reduzir as desigualdades e assegurar a dignidade da pessoa humana, de maneira positiva.

Verifica-se, portanto, que o que primordialmente deve ocorrer é a expansão das liberdades individuais dos grupos abrangidos por esse sistema.

De fato, consoante se verifica nas ideias de Amartya Sen, na obra “*Desenvolvimento como liberdade*”, a expansão das liberdades reais individuais, assim como a eliminação das privações de liberdade, são fatores essenciais no desenvolvimento.

Se a promoção de acesso igualitário ao ensino superior, tendo em vista a igualdade jurídica, for entendida como um meio pelo qual o Estado promove o desenvolvimento que se ocupa na expansão das liberdades individuais, fica claro que isso ocorre porque possibilita o acesso a outras liberdades essenciais ao ser humano.

Assim, um exemplo de expansão de liberdade que permite o desenvolvimento de outra liberdade considerada essencial, é a cidadania de qualidade, que, quando possibilitada, é capaz de promover a felicidade geral das pessoas, o que, segundo Saul Tourinho “*corresponde à felicidade pública*”. O pleno exercício da democracia direta pelos cidadãos, a exemplo das iniciativas populares, referendos e plebiscitos, em um determinado local, eleva os níveis de felicidade desses indivíduos, enquanto a falta desses fatores de participação implica na diminuição da felicidade. Assim, deverá ser assegurado o direito à busca da felicidade, que consiste em investir esforços na busca de aspirações legítimas, sem violar direitos de terceiros (LEAL, 2013).

Nessa linha, o direito à felicidade está positivado no nosso ordenamento jurídico, mormente na Constituição Federal, que assegura a liberdade, como objetivo da República (art.3º, inciso I) ²⁹, e no *caput* do art. 5º, dispõe, expressamente que:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

^{29 29} Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...)

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

As liberdades individuais são cruciais e consistem em oportunidades econômicas, liberdades políticas, facilidades sociais, garantias de transparência, e segurança protetora, que são, segundo o autor, “liberdades instrumentais”, pois inter-relacionam-se e completam-se na medida em que são disponibilizados (SEN, 1999).

O desenvolvimento consiste também na eliminação de privações de liberdade, pois é constitutiva do desenvolvimento sendo que as principais fontes de privação de liberdade são: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. A eliminação desses fatores que impedem o desenvolvimento das liberdades reais dos indivíduos é primordial, pois segundo Amartya Sen:

“O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais, e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas.” (SEN, 1999, pg.19).

A proteção a determinadas liberdades ditas como essenciais são um importante instrumento de constituição de fatores que influenciam diretamente no desenvolvimento. Os investimentos do Estado na área de educação são determinantes na vida de um indivíduo.

Isso porque a liberdade substantiva não é apenas base para avaliação de êxito ou fracasso, mas é também determinante da iniciativa individual e de eficácia social. O aumento no nível de liberdade melhora o potencial das pessoas de cuidar de si mesmas e de influenciar o mundo, que são questões centrais da ideia de processo de desenvolvimento. (SEN, 1999)

O indivíduo como membro do público, e como participante de ações econômicas, sociais e políticas, interage no mercado e se envolve, direta ou

indiretamente, em atividades individuais ou conjuntas na esfera política ou em outras esferas³⁰ (SEN, 1999).

O desenvolvimento como processo de expansão das liberdades reais que as pessoas gozam será o meio ou o fim primordial. A liberdade como meio consiste em elementos que contribuem para o desenvolvimento, quando considerado a finalidade primordial.

Sobre os elementos e sua eficácia, conclui o autor que:

“a eficácia da liberdade como instrumento reside no fato de que diferentes tipos de liberdade apresentam inter-relação entre si, e um tipo de liberdade pode contribuir imensamente para promover liberdades de outros tipos. Portanto, os dois papéis estão ligados por relações empíricas, que associam um tipo de liberdade a outros.” (SEN, 1999, p. 54).

No Brasil, podemos verificar a importância de políticas com esse viés, uma vez que há uma situação de enorme desigualdade em todo o país, mormente em relação ao acesso ao mercado qualificado de trabalho, que, em termos gerais, exige a graduação em nível superior do indivíduo. Aquele que não tem ensino superior nem sempre terá acesso aos mesmos direitos e liberdades essenciais daqueles que têm.

Um Estado comprometido com as necessidades sociais deve estar ciente de que a expansão das liberdades deve preceder o desenvolvimento econômico. Conforme se observa nos estudos estatísticos de Amartya Sen em seu livro “Desenvolvimento como liberdade”, temos que há um nítido contraste entre economias de crescimento econômico elevado, quando analisados o êxito no aumento da duração e qualidade de vida, e as sem êxito comparável nesses aspectos, assim como para as economias exitosas no aumento da duração e qualidade de vida, percebe-se o contraste entre as com grande sucesso em termos de crescimento econômico e as sem triunfo, na tentativa de obtenção de elevado crescimento econômico (SEN, 1999).

Isso porque as economias do Leste e Sudeste Asiático, que sempre focaram na educação elementar e assistência básica à saúde, além de reformas agrárias eficazes, ampliaram sua participação econômica com maior facilidade que países

³⁰ Definido por Amartya como “*agency aspect*”, que em português significa “aspecto da condição de agente” (tradução livre). (SEN, 1999)

como o Brasil, Índia e Paquistão, pois a criação de oportunidades sociais nesses últimos foi muito lenta, o que funcionou como uma barreira para o desenvolvimento econômico (SEN, 1999).

Identificam-se também os processos em países que, por meio do desenvolvimento econômico rápido, quando obtiveram êxito, puderam desencadear a expansão dos serviços de saúde, educação e segurança social, e os “conduzidos pelo custeio público”, em que um programa hábil pode promover a manutenção social dos serviços de saúde, educação e outras disposições sociais relevantes. Os programas de manutenção das liberdades individuais revelaram reduções muito rápidas nas taxas de mortalidade e melhora das condições de vida sem grande crescimento econômico (SEN, 1999).

Um indivíduo com razoável instrução educacional, garantida pelo Estado, é capaz de levar uma vida saudável, livrar-se de doenças evitáveis e escapar de uma morte prematura. Assim como é capaz de determinar de forma racional suas preferências políticas e escolher, mediante voto democrático, quem é o melhor candidato para direcionar as políticas onde reside.

O crescimento econômico deve estar alinhado com as liberdades dos indivíduos. Não basta haver apenas previsão legal que determina o dever do Estado em promover tais liberdades, mas uma verdadeira preocupação quanto ao modo e a eficácia, quando se dá por ações afirmativas, a exemplo das cotas raciais e sociais.

Sendo parte de um conjunto de ações afirmativas do Estado que, mediante a reserva de uma porcentagem de vagas nas universidades públicas, promove o equilíbrio de oportunidades que visam assegurar o princípio constitucional da igualdade conforme se permite que os candidatos de certos grupos que são tidos como inferiores busquem o ingresso no ensino superior, as cotas permitem também que esses indivíduos tenham maior acesso às liberdades essenciais e, conseqüentemente, haverá a promoção e o desenvolvimento do país.

O Estado como defensor dos interesses públicos, inclusive da vontade política consubstanciada na Constituição Federal, deve garantir a igualdade de oportunidades. E assim é feito no Brasil quando uma porcentagem das vagas de cada universidade federal é reservada para aqueles que cumprem o requisito legal.

3.4 As Divergências Quanto Aos Requisitos De Acesso.

Como visto, o ingresso nas universidades federais públicas obedece a critérios sociais e raciais. Essa inclusão, dos que não tiveram acesso a um ensino público de qualidade em razão da sua renda e da raça, deve ser entendida como benéfica ao desenvolvimento do país, sendo primordial para esses grupos no tocante às suas liberdades individuais.

Apesar de encontrar argumentos razoáveis, as ações afirmativas que procuram promover igualdade de oportunidades para grupos notavelmente desfavorecidos enfrentam divergências muito peculiares quanto aos critérios de acesso.

O sistema de reserva de vagas destinadas aos negros e índios baseia-se em uma justificativa histórica de segregação racial decorrente do período colonial e escravocrata, que foi marcante na sociedade brasileira, e ainda se reflete nas relações civis nos dias de hoje e, como já foi discutido anteriormente, encontra fundamento na ideia de justiça compensatória.

Não há como ignorar que a situação de desigualdade em que se encontram os negros de hoje na sociedade brasileira tem relação direta com a escravidão e com a discriminação de que foram e continuam sendo vítimas após a abolição da escravidão (SARMENTO, 2006).

É comum a crítica de que o critério social poderia abarcar tanto os negros como os índios e pobres, pois todos estariam igualmente prejudicados no que diz respeito à igualdade de oportunidades de ingresso no ensino superior nas universidades públicas brasileiras, que só poderiam ser justificadas em um critério eminentemente econômico.

No entanto, a desequiparação sofrida por cada um desses grupos tem causas e consequências distintas. Esse trabalho não tem o objetivo de exauri-las, mas aqui constam algumas delas.

Ações afirmativas com critérios raciais explícitos também foram aplicadas nos Estados Unidos, conforme exposto no capítulo 2, e também encontram justificativa no fundamento compensatório.

Será necessário, entretanto, esclarecer a diferença entre a discriminação contra o negro praticada no Brasil e nos Estados Unidos. Tal diferenciação é importante, pois:

“Isso possibilitará com que não caíamos na tentação de, simplesmente, reproduzir o modelo de ações afirmativas lá praticado, de cotas raciais, desconsiderando nossas peculiaridades, com o que poderíamos, ao invés de promover a igualdade material, provocar um desajuste, ainda maior, na sociedade brasileira.” (PISCITELLI, 2014, p. 25).

Em primeiro lugar, é importante frisar que nossos colonizadores carregavam desde suas origens uma formação miscigenada, com o enlace dos elementos humanos árabe, europeu e africano. Desse modo, a cultura da mistura racial já estava enraizada aos seus costumes (PISCITELLI, 2014).

O trabalho escravo, introduzido em nosso país pela chegada dos primeiros escravos africanos, por volta de 1532, foi sistematizado em 1568 por Ato do Governador-Geral Salvador Correa de Sá (BAKAJ, 1988).

A busca pela liberdade dos negros resultou em comunidades que buscavam preservar a cultura remanescente, a exemplo do Quilombo de Palmares. A resistência dos Quilombos ilustra a luta contra a opressão oriunda da escravidão, e a busca por suas liberdades. O Quilombo de Palmares era uma verdadeira organização social e econômica, que preservava a língua materna, a religião e o estilo de vida que carregavam (BAKAJ, 1988).

Assim, os “abolicionistas”, buscaram a liberdade sob o enfoque sócio-político em uma “luta legislativa” que vai de 1823 a 1888 (BAKAJ, 1988).

A aprovação da Lei n.º 2.040 de 28 de setembro de 1871 (Lei do Ventre Livre), que declara a condição de liberdade dos filhos de mulheres escravas, da Lei dos Sexagenários (Lei 3.270 de 28 de setembro de 1885), que regulou a extinção gradual do elemento servil, e da Lei Áurea (Lei n.º 3.353 de 13 de maio de 1888) deram força maior à luta contra à escravidão (BAKAJ, 1988).

De fato, tal luta em desfavor da escravidão só ganhou força no Brasil por pressão dos Ingleses, que buscavam reproduzir o sistema capitalista no país, e com a edição da *Bill Aberdeen* em 1845 que apenava com o aprisionamento pela Marinha Inglesa os navios negreiros (PISCITELLI, 2014).

Mesmo após séculos de escravidão, não houve qualquer tipo de assistência, ou incentivo, para que os escravos libertos conseguissem prosperar, ao mesmo tempo em que os proprietários de escravos e os imigrantes europeus assalariados:

“Tiveram incentivo estatal nestas terras brasileiras: aqueles com indenizações no valor de 600 mil réis por escravo liberto; estes, trazidos da Europa, num sistema análogo ao do colonizador inglês ido para os Estados Unidos, com garantia da venda antecipada da sua força de trabalho, o que lhe proporcionava capital inicial” (PISCITELLI, 2014, p. 27).

A igualdade jurídica, sob a ótica estritamente formal, estabelecida àquela época (cf. capítulo 1, tópico 1.2), não os tornou cidadãos. Assim é que se perpetuou uma situação econômica de inferioridade dessas pessoas (PISCITELLI, 2014).

Por outro lado, os Estados Unidos viviam outra situação

“Para lá imigraram ingleses com suas famílias, os quais desejavam, por motivos religiosos e econômicos, construir uma nova sociedade em terras americanas, mantendo o modelo de seus lares, no que podemos chamar de um colonialismo de povoamento. O negro, quando introduzido ao trabalho escravo, o foi já segregado, inclusive institucionalmente pelo Estado. Vemos isso, claramente até quase o final do século XX, quando negros e brancos, em muitos Estados norte-americanos, tinham de ter sistemas de transporte e educacional, dentre outros separados” (PISCITELLI, 2014, p. 27-28).

O ódio inter-racial tem formação sólida naquela sociedade na qual o próprio Estado se encarregou de legislar, promovendo a discriminação racial em prejuízo dos negros. O critério racial se justifica nessa sociedade, tendo em vista que todos os negros, ricos ou pobres, eram submetidos a essa segregação (PISCITELLI, 2014).

Trata-se de um racismo de origem, de caráter genético, no qual, mesmo negros bem sucedidos, são pressionados pela sociedade em razão da cor de sua linhagem (PISCITELLI, 2014).

No Brasil, o preconceito é de marca, ou seja, de matriz fenotípica, pela aparência, não pela ancestralidade, em que a renda também tem forte componente na discriminação. Nos países em que o racismo não é de origem, a equidade dos negros melhora com o aumento de sua renda (PISCITELLI, 2014).

Esse é o motivo pelo qual se adota o método da autodeclaração para a população negra na Lei de 12.711/12 (PISCITELLI, 2014).

Outro ponto a ser esclarecido é a respeito da classificação oficial de autodeclaração adotada pelo IBGE, que desde 1991, identifica como negros aqueles que possuem uma característica fenotípica, abarcando assim pretos e pardos³¹.

Em razão disso, é necessário entender quais pessoas estão englobadas no conceito de negro, pois há discussão sobre a inclusão dos pardos como beneficiários das cotas raciais.

Entretanto, os indicadores de desigualdades apontam que os pardos são a grande maioria entre os negros. De fato, os pardos em muito se assemelham à situação dos negros, muito inferior a dos brancos, havendo forte linha de divisão de brancos e não brancos na sociedade brasileira, a gerar consequentes marcantes para os negros, e se refletem nas estatísticas que demonstram a desproporcionalidade na participação da pobreza, com saldo muito negativo para os não brancos (PISCITELLI, 2014).

O que se busca é que esses grupos ocupem posições de destaque na sociedade de modo que possam proporcionar um aumento significativo na qualidade de vida.

Nesse sentido é importante que no Brasil a política de cotas raciais considere o necessário viés econômico como mais um fator da discriminação contra os negros. Isso porque o negro brasileiro, além do estresse social, sofre mais um, qual seja, o estresse racial, sendo, pois, o negro pobre muito mais prejudicado do que o branco pobre no Brasil, provocando que sua autoestima seja mais baixa do que a do branco (PISCITELLI, 2014).

A afirmação de que essa compensação é injusta tem como premissa um pensamento excessivamente individualista, que não vislumbra a relação entre grupos, que pode inclusive assumir uma “dimensão intergeracional” e promover o surgimento de direitos coletivos, titularizados também por grupos, de forma que o argumento da justiça compensatória pode ser usado, no mínimo, como uma razão coadjuvante para a adoção de tais ações afirmativas. (SARMENTO, 2006).

Outro fator que nos permite separar tais grupos se dá quando procedemos à análise ampla da liberdade e a sua substância, conforme amplamente constatado

³¹ “Os pardos são aqueles que têm na cor – característica fenotípica – alguma descendência africana, e por isso, também são discriminados. Os pardos também são pretos aos olhos dos racistas” (PISCITELLI, 2014).

pelas pesquisas feitas por Amartya Sen, além dos diferentes fundamentos em que as ações afirmativas podem se justificar.

A lei, que prevê o programa de ações afirmativas, transporta o conceito do que acredita ser justo o suficiente para aplicar como critério, com o objetivo, no caso, de promover igualdade de oportunidades.

Não é somente o critério econômico que deve determinar que essas pessoas sejam abrangidas ou não pela ação afirmativa discutida.

A análise, nesse caso, recai sobre o resultado do preconceito histórico sofrido pelos negros, que só poderia ser reparado por uma vontade política advinda de uma legitimação que não necessariamente partiu dos próprios prejudicados em defesa de seus direitos.

O fator que motiva a criação de um sistema legal que prima por priorizar uma porcentagem de vagas, é a vulnerabilidade desse grupo, que sem esse instrumento legal, dificilmente conseguiria um lugar de igualdade em relação aos demais brasileiros na sociedade.

Não se pode negar que muitos são afetados pelos efeitos decorrentes de medidas de políticas afirmativas. Há muitas críticas e resistência nesse sentido, seja no plano nacional ou no plano internacional. Uma delas é a de que as cotas dão um caráter de fixidez àquela política sem refletir na situação real de disparidade de determinado grupo no conjunto da sociedade (PISCITELLI, 2014).

Rui Magalhães Piscitelli nos lembra da assertiva de Joaquim Barbosa, na qual esclarece que a adoção de cotas é somente uma das técnicas de implementação de ações afirmativas nesse sentido, que não se confunde nem se limita às cotas (PISCITELLI, 2014).

Se faz necessário um “*choque*” cultural que somente um programa com cotas fixas pode oferecer, mas que se encarregue de certos cuidados, quais sejam

“entrevista pessoal com o candidato autodeclarado negro, a temporariedade, a adequação às diferenças regionais, a instituição de programas de apoio aos cotistas ingressantes na Universidade e a compatibilização de tal programa com a necessidade social do candidato cotista negro” (PISCITELLI, 2014, p. 83-84).

Há, ainda, aqueles que defendem que ninguém pode ser prejudicado por equívocos de um passado distante, em que não tiveram nenhuma influência.

Quanto a isso, cita-se o caso *Regentes da Universidade da Califórnia v. Allan Bakke*³² que deu margem à uma polêmica discussão sobre a justiça das cotas raciais nos Estados Unidos, de suma importância ao presente trabalho. O caso apresenta uma objeção a um programa de admissões especiais³³ da Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia na cidade de Davis (DWORKIN, 2000a).

O Supremo Tribunal da Califórnia concordou que o “programa força-tarefa”, criado com o intuito de admitir mais estudantes negros e de outras minorias, utilizando-se de critérios raciais explícitos (para tanto, reservou, naquela época, dezesseis vagas, para as quais concorreram somente membros de “minorias em desvantagem educacional e econômica”), feria os direitos constitucionais de Allan Bake, branco, que havia sido rejeitado pela universidade por não se classificar entre o restante das vagas oferecidas. (DWORKIN, 2000a)

Os advogados de Bakke questionaram a legalidade do programa de cotas com base na Lei de Direitos Civis de 1964, que prevê que ninguém será excluído de participação, privado de benefícios ou sujeito à discriminação em qualquer programa em razão da raça, assim como a constitucionalidade do programa (violação à Cláusula de Proteção Iguatária da 14ª Emenda) (DWORKIN, 2000a).

Em contrapartida, a universidade da Califórnia argumentava pela liberdade de utilizar critérios raciais evidentes em seus programas de admissão. Outras universidades e escolas (que instaram o Tribunal, por meio de mandatos *amicus curiae*, para que modificasse a decisão) acreditavam, que dessa forma, seriam incapazes de cumprir com suas responsabilidades para com a nação (DWORKIN, 2000a).

O número ínfimo de médicos e outros profissionais era, àquele tempo, uma consequência e uma causa contínua da consciência racial no país. A utilização de critérios raciais explícitos tinha, para as instituições de ensino, o objetivo imediato de aumentar o número de profissionais em uma área específica. Pretendiam e pretendem, a longo prazo, reduzir o grau em que a sociedade norte americana, como um todo, é racialmente consciente (DWORKIN, 2000a).

³² 483 U.S. 265 – 1978.

³³ O programa especial de admissões operava em um comitê separado, cuja maioria era composta por membros de grupos minoritários. As candidaturas recebidas por esse comitê eram referentes a pessoas pertencentes a grupos minoritários (negros, americanos de ascendência indígena ou mexicana e asiáticos), e eram classificadas da mesma maneira usada pelo comitê geral de admissões, salvo pelo fato de que os candidatos especiais não precisavam alcançar a nota de corte aplicada a todos os candidatos (GOMES, 2001).

A escravidão, a repressão e o preconceito nos Estados Unidos desencadearam uma consciência racial, onde homens, mulheres, meninos e meninas negros não são livres para determinar em que funções outros irão caracterizá-los. Dessa forma:

“[...] são negros, e nenhum outro atributo da personalidade, lealdade ou ambição irá influenciar tanto o modo como os outros irão vê-los ou tratá-los, e que tipo e dimensão de vida estarão abertos a eles” (DWORKIN, 2000b, p. 438).

O Tribunal de Primeira Instância da Califórnia considerou que o programa operava como uma cota racial, porque os candidatos de grupos minoritários, que disputavam essas vagas, concorriam somente entre eles. Tendo isso em vista, declarou que a Universidade não poderia utilizar o fator racial como critério para admitir alunos. Porém, recusou-se a ordenar a admissão de Bakke, pois ele não teria logrado êxito em demonstrar que poderia ter sido admitido não fosse a existência do programa especial (GOMES, 2001).

Irresignado, Bakke recorreu da decisão no Supremo Tribunal da Califórnia, que, acolhendo sua pretensão, determinou a sua admissão, e ordenou que a universidade perseguisse os seus objetivos por meio de outros métodos que não levassem em conta explicitamente a raça. Tal recomendação sugeria que a escola devia adotar algum objetivo que não se baseasse em critérios raciais, como por exemplo, aumentar o número de estudantes desfavorecidos de todas as raças, esperando que esse objetivo produza, como efeito colateral, um aumento no número de negros (DWORKIN, 2000a).

Nesse contexto, Archibald Cox, da Escola de Direito de Havard, em sustentação oral pela Universidade da Califórnia no Supremo Tribunal, afirmou que *“os programas de ação afirmativa são o único meio eficiente de aumentar o número absurdamente baixo de médicos negros”*. Dworkin concorda, e explica:

“Se a escola selecionar nesse grupo os que tiverem melhores notas nos testes de aptidão para a escola de medicina, não aceitará quase nenhum negro, pois os negros têm notas relativamente mais baixas mesmo comparados com os que se encontram e desvantagem econômica.” (DWORKIN, 2000a, p. 442).

De fato, a percepção de que as distinções raciais e étnicas estão enraizadas na história constitucional e demográfica dos Estados Unidos sofreu uma evolução, na interpretação da Suprema Corte. Inicialmente, o entendimento era de que a 14ª Emenda tinha o objetivo de conferir liberdade da raça escrava, segurança e consolidação dessa liberdade, além da proteção dos homens recém libertos e cidadãos contra as opressões daqueles que os havia dominado (GOMES, 2001).

No entanto, as decisões posteriores refletem uma interpretação que resulta de uma espécie de reacionarismo judicial posterior à guerra civil, de forma que aquele real objetivo fora suplantado³⁴ (GOMES, 2001).

Nas palavras do Ministro Powel, que anunciou a decisão da Suprema Corte, a 14ª Emenda foi elaborada em termos universais, sem referência a cor, à origem étnica ou à condição de anterior servidão. Sua intenção não era somente satisfazer a situação premente e particular dos escravos negros recém libertados (GOMES, 2001).

Nos termos da decisão referida, haveria sérios problemas de justiça ligados à ideia de preferência de uma determinada raça, pois não estaria sempre claro que essa preferência seria de fato benigna, ou poderiam reforçar estereótipos comuns e provocar uma considerável iniquidade no fato de pessoas suportarem ônus de reparar danos não provocados por elas.

Em relação a isso, Dworkin rebate que apesar da incerteza a respeito da preferência dada a algum grupo minoritário, o corpo docente e os administradores acadêmicos que estipulam as políticas de admissão sensíveis à raça não têm dívida de gratidão ou de poder a nenhuma das comunidades que tais políticas beneficiem. Agem com a finalidade de realizar metas tradicionais de forma mais eficiente, conforme comprova o estudo "*The shape of the river*"³⁵ (DWORKIN, 2000b).

Conforme já mencionado, o estudo citado é um trabalho realizado por William G. Bowen, que foi reitor da Universidade de Princeton, e Derek Bok, ex-reitor de Harvard. Eles analisaram uma imensa base de dados de históricos escolares.

Essa base de dados contém informações sobre mais de 80.000 graduados que se matricularam em 28 faculdades e universidades seletas em 1951, 1976 e 1989 (instituições representantes das escolas de elite que aplicaram a ação

³⁴ Como exemplo, cita-se o caso de Homer Plessy, discutido anteriormente neste capítulo.

³⁵ A forma do rio (tradução livre).

afirmativa). Eles aplicaram técnicas estatísticas para traçar as consequências reais da ação afirmativa na educação superior.

Conclusão: As faculdades e universidades mais exigentes tiveram êxito na formação de um grande número de alunos pertencentes a grupos minoritários, que poderão, com o tempo, ocupar cargos de liderança em toda a sociedade. *In verbis*

“No geral, concluímos que as faculdades e as universidades mais exigentes tiveram muito êxito no uso das políticas de admissão sensíveis à raça para promover metas educacionais importantes para todos” (Bowen e Bok, *The shape of the river apud Dworkin*, 2000, p. 284,290).

Qualquer intenção hostil oculta com relação a outro grupo que também tenha sido alvo de preconceito seria facilmente comprovada, o que, no entanto, não impede que ocorra abuso de poder, passível de incidência em qualquer outra política pública (DWORKIN, 2000b).

Quanto à questão de eventual reforço de estereótipos comuns, Dworkin explica que apesar das eventuais ofensas provocadas por essa iniciativa, seria pior excluir tal critério de classificação, que na verdade é a causa verdadeira de tais danos. Senão, vejamos:

“ A discriminação racial expressa desprezo, e é profundamente injusto e prejudicial ser condenado pelas características naturais; a discriminação racial é, sobretudo, destruidora da vida de suas vítimas – não lhes rouba uma ou outra oportunidade que esteja acessível a outrem, mas os prejudica em quase todas as perspectivas e esperanças que possam imaginar. Em uma sociedade racista, as pessoas são de fato rejeitadas pelo que são e é, portanto, natural que as classificações raciais sejam encaradas como capazes de infligir um tipo de dano especial. Seria, contudo, cruel desaprovar o uso de tais classificações para combater o racismo, que é a verdadeira e constante causa de tais danos. O caráter psicológico especial da raça não é um fato fixo ao qual as políticas devam sempre respeitar. É um produto e sinal do racismo, e não se deve permitir que proteja o racismo que o gerou” (DWORKIN, 2000b p. 577).

No final, a Suprema Corte Americana decidiu pela admissão de Allan Bakke pela Universidade da Califórnia, e invalidou o programa “força tarefa”, mas não proibiu que a raça fosse considerada como critério de admissão, sem vislumbrar na hipótese, violação à décima quarta emenda, desde que tais planos não estipulassem

cotas fixas para uma raça específica ou grupo, mas que considerassem como um fator dentre outros (DWORKIN, 2000b).

Esse caso representa uma evolução para as ações afirmativas, pois os Juízes da Suprema Corte americana criaram um conceito de “classe suspeita” para integrar aos respectivos critérios de admissões. São integrantes da “classe suspeita” aqueles “que sofreram um histórico de tratamento desigual propositalmente, ou aos que não detenham poder político para alterar essa situação” (PISCITELLI, 2014).

Procede-se a um escrutínio estrito a lei que atribui desvantagens a membros da classe suspeita, o que significa que, a menos que se possa demonstrar que essa desvantagem é essencial para interesses do governo, deve ser declarada inconstitucional pelo Judiciário. Por outro lado, se a desvantagem for atribuída para integrantes da classe não suspeita, submete-se a um critério de escrutínio frouxo. Assim, devem ser julgadas constitucionais as leis criando desvantagens a esse grupo, a não ser que a medida não preencha critérios mínimos de razoabilidade (PISCITELLI, 2014).

Grupos conservadores dos Estado Unidos resistem a esta política de ação afirmativa desde o início, e nos anos noventa, pressionaram ainda mais no âmbito jurídico e político. A Faculdade de Direito de Boalt Hall, em Berkeley (principal faculdade de direito pública do estado da Califórnia), foi proibida de contemplar raças nas admissões, pela direção da Universidade, em cumprimento ao Projeto 209, aprovado pelos eleitores da Califórnia, que vedava a discriminação e oferta de tratamento preferencial a indivíduo ou grupo com base em raça, sexo, cor, etnia ou nacionalidade no serviço público ou contratações públicas. Ela recebia em média 24 alunos negros por ano durante 28 anos, mas no ano seguinte à aprovação do projeto, em 1997, recebeu somente um (DWORKIN, 2000b).

Em 2003, a Suprema Corte estadunidense publicou mais uma decisão no âmbito das ações afirmativas para ingresso nas universidades.

Nesse caso, o entendimento fixado no caso de Bakke foi mantido com a ressalva de que para que sejam consideradas constitucionais, as ações afirmativas devem ser temporárias, e ainda, passar por dois testes, quais sejam, a comprovação de necessidade de diversidade do corpo discente e a análise da razoabilidade (conforme exposto acima sobre o escrutínio estrito e frouxo), sem fixação de cotas, mas apenas possibilitando a atribuição de pontos a negros excluídos, desde que fundamentado (PISCITELLI, 2014).

A Suprema Corte americana, adotou, portanto, duas técnicas de análise quanto à discriminação efetiva: o da classe suspeita, e a do impacto desproporcional. Esta última consiste na adoção de critérios estatísticos para provar cientificamente que os números podem ocultar a discriminação racial (PISCITELLI, 2014).

Em recente julgamento sobre cotas raciais, aquela Suprema Corte assentou o entendimento pela possibilidade de as políticas de cotas raciais adotadas pelas instituições de ensino serem derrubadas por votações do povo da localidade, o que certamente irá marcar uma nova época das políticas de cotas raciais, permitindo discussões a respeito dos limites da legitimidade das majorias a fim de impedir uma política pública baseada em princípios constitucionais, assim como papel do Judiciário na interpretação da Constituição (PISCITELLI, 2014).

Quanto às cotas sociais, a pesquisa jurisprudencial sobre o assunto permitiu a constatação de que há fragilidade no conceito dos requisitos de acesso, pois ocorrem manifestações jurídicas com o objetivo de validar certos casos que não atendem às normas que regulam as cotas e que, algumas vezes, encontram guarida.

A controvérsia nasce entre o possível cotista e a Instituição de Ensino Superior. A universidade tem autonomia administrativa para gerir as suas regras de admissão desde que respeitada a lei, segundo o art. 207 da Constituição Federal de 1988. Aplica-se essa regra também em relação às cotas.

Há a possibilidade de se aceitar certos alunos que, apesar de não atenderem aos requisitos formais da lei, são entendidos como merecedores da porcentagem de vagas reservadas, quando realizada uma interpretação mais extensiva do caso.

É o caso daqueles que estudam em escolas filantrópicas durante o ensino médio. Escolas filantrópicas não têm fins lucrativos, portanto é aceitável que se interprete que essas escolas se equiparem às escolas públicas. As universidades, no entanto, não acolhem esse entendimento.

Em outros casos, o aluno é impedido de estudar na condição de cotista porque estudou apenas um ano em escola filantrópica, e o restante em escolas públicas. Ou ainda, tendo estudado em escola particular nos primeiros anos, ingressou no ensino público logo após.

Não obstante haver um grande número de casos peculiares, nas universidades a interpretação é sempre estrita. Se não houve atendimento aos requisitos de maneira literal, não há direito à vaga.

No Judiciário, as opiniões divergem. Alguns juízes são extremamente legalistas, e apenas aplicam a lei ao caso concreto. Outros consideram outros fatores, além da formalidade da lei, e procuram enxergar nesses casos a realidade social em que essas pessoas vivem. Eles não deixam de aplicar a lei, mas conseguem fundamentar suas decisões com uma sensibilidade maior em relação à realidade dessas pessoas, que são difíceis de captar em cada caso.

Na pesquisa feita na jurisprudência vislumbra-se um julgado em que o Tribunal Regional da 1ª Região entendeu que o fato de o candidato ter estudado em uma escola filantrópica por um período de dois anos não agride os requisitos definidos pela Universidade Federal do Piauí no exercício de sua autonomia administrativa, e que a negativa de matrícula a esses alunos fere a Constituição Federal especificamente no que diz respeito ao princípio da igualdade (Constituição Federal de 1988, artigo 5º, *caput*) e também porque um dos objetivos fundamentais da Carta Magna é o de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (Constituição Federal de 1988, artigo 3º, inciso IV) (BRASIL, 2013a).

Para efeito do que foi exposto acima, cita-se, ainda, que os alunos oriundos dos Colégios Militares também têm a possibilidade de concorrer às vagas pelo sistema de cotas, conforme se verifica em julgado mais recente do TRF 1ª Região, quando verificado se a instituição é mantida e administrada pelo Poder Público (BRASIL, 2013c).

Em outros casos, não se permite a interpretação extensiva. Assim ocorreu em um julgado do mesmo tribunal em que apesar de se reconhecer a legitimidade da lei que instituiu o sistema de cotas, vedou-se a aplicação de uma interpretação extensiva quanto aos requisitos com o intuito de proteger a autonomia administrativa da universidade federal em questão (BRASIL, 2013b).

3.5 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 do Distrito Federal

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 do Distrito Federal, debateu-se no Supremo Tribunal Federal brasileiro a constitucionalidade do sistema de cotas raciais, a fim de se resolver a controvérsia que se verificava nas várias instâncias jurisdicionais no País.

Tal ação, na qual foi relator o Ministro Ricardo Lewandowski, pretendia a declaração da inconstitucionalidade do sistema de cotas para negros nas universidades públicas (BRASIL, 2012b).

Trata-se de ação de controle abstrato de constitucionalidade, e que, portanto, não analisa um caso concreto, mas somente o tema constitucional trazido aos autos, como definiu o relator, Ministro Ricardo Lewandowski:

“A questão fundamental a ser examinada por esta Suprema Corte é saber se os programas de ação afirmativa que estabelecem um sistema de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino superior, estão ou não em consonância com a Constituição Federal” (BRASIL, 2012b).

Dessa forma, o referido julgado tornou-se o caso paradigma da mais alta corte do Brasil, e ali foram expostos todos os argumentos e justificativas das cotas raciais para o ingresso dos negros à Universidade (PISCITELLI, 2014).

Primeiramente, o eminente Ministro relator assentou que o sistema de cotas é constitucional por se basear no conceito mais amplo de igualdade (que está previsto no artigo 5º, caput, da Constituição), pertinente ao seu aspecto material, pois leva em consideração as diferenças naturais, culturais, sociais, econômicas, e acidentais existentes no país. Faz parte de um conjunto de ações afirmativas adotadas pelo Estado brasileiro para reduzir a desigualdade, pois além das responsabilidades constitucionais, deve primar por obedecer a Convenção Internacional para eliminação de todas as formas de discriminação racial, da ONU, ratificada pelo Brasil³⁶. (BRASIL, 2012b).

Cuida-se da diferenciação entre igualdade formal e material, em que se frisa a importância da superação de uma perspectiva meramente formal do princípio da isonomia, que faz pleno sentido no contexto da democracia (PISCITELLI, 2014).

Assim, a decisão da Suprema Corte brasileira tem base, também, nos ideais de justiça distributiva de John Rawls, que afirmam que:

³⁶ Promulgado pelo decreto n.º 65.810/69.

“(...) cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.
 (...) as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos” (Rawls, 1997, p. 64)

É importante considerar, ao invocar o conceito de Rawls, que se observarmos as cotas no Brasil, os sistemas não se aplicam somente aos negros, mas a todos aqueles que não dispõem de igualdade de acesso ao ensino superior público em relação aos demais. Isso decorre de uma interpretação ampla do bem desenvolvido, quando levamos em conta não apenas os objetivos primários, mas também os finais (BRASIL, 2012).

O relator, ao abordar os critérios quanto às formas de ingresso, assentou que, segundo a Constituição Federal, deve-se respeitar a “igualdade de condições para acesso e permanência na escola”; o “pluralismo de ideias”; e a “gestão democrática do ensino público”. O ingresso nas universidades públicas deve ser feito de forma que todos tenham iguais condições de acesso. As cotas são um instrumento que definem esse objetivo para que determinados grupos, que são justificadamente vistos como desiguais, disputem uma porcentagem de vagas estipulada pela lei em que se respeita a condição destes, pois os candidatos a cotistas só poderão ser eliminados por outros cotistas que disputaram igualmente as vagas no certame (BRASIL, 2012b).

Nesse sentido, assevera que se deve conjugar igualdade de oportunidades e a meritocracia. A metodologia da reserva de vagas não pode limitar-se a critérios de seleção objetivos e lineares que por vezes acabam menosprezando as distorções que se encontram em sociedades tradicionalmente desiguais (BRASIL, 2012b).

Antes de concluir o voto, que levou a votação unânime pelos seus pares, o relator teceu alguns cuidados necessários a fim de manter a política de cotas raciais para o ingresso dos negros na Universidade. Ressalte-se a importante referência feita a respeito da inviabilidade do sistema de reserva de vagas permanente. A manutenção provisória será necessária para o bem do regime republicano, em que pese no Brasil, onde o racismo é de marca, de índole social, e não devido a fatores genéticos diferenciadores (PISCITELLI, 2014).

Em conclusão, o dispositivo do voto relator assim dispôs (BRASIL, 2012b, p. 47):

“Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e prevêm a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF”.

Reitera-se que por se tratar de uma ação de controle abstrato de constitucionalidade, o referido dispositivo se aplica para corroborar o entendimento no sentido da constitucionalidade do sistema de reserva de vagas para o acesso de pessoas excluídas em razão da raça ou renda (PISCITELLI, 2014).

Por fim, cumpre transcrever o que o ex-ministro do STF, Joaquim Barbosa, afirmou em seu voto (o que se coaduna com o que foi exposto nesse trabalho no tópico 3.3 deste capítulo), *in verbis*:

“não se deve perder de vista o fato de que a história universal não registra, na era contemporânea, nenhum exemplo de nação que tenha se erguido de uma condição periférica à condição de potência econômica e política, digna de respeito na cena política internacional, mantendo, no plano doméstico, uma política de exclusão em relação a uma parcela expressiva da sua população”³⁷ (BRASIL, 2012b)

Por oportuno, cumpre mencionar que a recém-promulgada Lei 12.990 de 09 de junho de 2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal³⁸, difere-se do sistema de cotas nas universidades, pois ao inferir no mérito, como instrumento de ascensão social, fere o regime republicano, e torna permanente uma condição que, no Brasil, não faz sentido, já que o racismo aqui é: (PISCITELLI, 2014, p. 159):

“(...) nitidamente de marca, associado à questão social, e não por uma questão de raça biológica relativamente aos negros, ou, mesmo, de segregação dos negros, como, por exemplo, o é no caso da colonização dos Estados Unidos da América”.

³⁷ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206023>

³⁸ Autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União.

Dessa forma, a legitimidade das ações afirmativas que visam reduzir a desigualdade de oportunidades de ingresso nas universidades públicas brasileiras, por meio das cotas, foi ratificada pelo julgamento da ADPF 186, ajuizada pelo Democratas (DEM) contra a Universidade de Brasília, questionando a reserva de 20% das vagas previstas no vestibular para preenchimento a partir de critérios étnicos raciais (BRASIL, 2012b).

CONCLUSÃO

O presente trabalho acadêmico buscou analisar o sistema de reserva de vagas, e expor as razões que levaram à sua adoção pelas instituições públicas de ensino superior em todo Brasil, assim como as discussões tecidas na teoria e na prática.

O sistema de reserva de vagas, como visto, é uma tentativa de promover igualdade no acesso às vagas nas universidades públicas, que apesar de encontrar fundamentos na Constituição Federal vigente, demanda a ponderação com outros valores constitucionais relevantes. O tema está no crivo de toda sociedade, e muitos sentem na pele os seus efeitos. Mas a discussão clama pelo rigor doutrinário e, ao mesmo tempo, pela sua explanação didática e acessível.

Para tanto, realizou-se uma análise detida dos princípios que inspiraram a aplicação do instituto em tela. O princípio da dignidade introduziu a temática, com foco em sua definição, ainda que difícil de se obter, e no seu caráter fundante do Estado Democrático de Direito e da Constituição Federal de 1988 do Brasil, pois, como visto, implica a existência e o exercício de todos os demais direitos. De fato, o princípio da dignidade da pessoa humana desagua no direito à educação, um direito social que depende de uma atitude positiva do Estado ou dos destinatários das normas para se efetivar.

No mesmo contexto, buscou-se o histórico do reconhecimento do princípio da igualdade no Brasil, suas definições legais e doutrinárias, bem como os limites e os critérios para a sua correta aplicação. A exposição cronológica permitiu identificar como o princípio evoluiu em termos jurídicos, e o que se passou para que fosse superada a idéia de garantia da igualdade meramente formal para uma garantia da igualdade substancial como objetivo constitucional.

Nessa linha é que se chega ao tema das ações afirmativas. O sistema de reserva de vagas, ou de cotas, como é amplamente conhecido, é espécie do gênero “ação afirmativa”, que, como visto, consiste em uma política pública que prima por concretizar o princípio constitucional da igualdade de oportunidades para o ingresso no ensino público superior. Os dados estatísticos foram inseridos para constatar a situação de desigualdade presente na nossa sociedade, e para identificarmos que se trata de um problema histórico, de importância nacional.

Assim, buscou-se investigar o tema das ações afirmativas de maneira ampla, buscando a sua aplicação histórica no mundo. Concluiu-se, nessa oportunidade, que o Estado brasileiro não pode permanecer neutro em relação às questões sociais, e, que por isso, deve assumir uma postura ativa por meio das ações afirmativas, visando à concretização dos objetivos definidos pela Constituição. Uma vez definido o conceito e a contextualização prática do tema, identificou-se os seus fundamentos filosóficos, apontando os limites e critérios para chegar aos objetivos visados, sem ofender outros valores importantes.

Delimitou-se, dessa forma, o que trata a Lei 12.711/12, e porque ela reserva vagas nas instituições públicas de ensino superior no Brasil por meio de critérios sociais e raciais. Definiu-se, sob o prisma do direito administrativo, o que se entende por instituição pública de ensino superior e o seu papel constitucional e infraconstitucional. A pesquisa logrou em identificar que o âmbito legal de aplicação da referida lei é federal, mas que na prática, esse tipo de ação afirmativa é utilizado na seara de outras instituições, sejam elas públicas, privadas, governamentais ou não governamentais. Frisou-se o viés do sistema como espécie de ação afirmativa, e como parte da operacionalização das políticas de Estado, que, com o advento da Constituição Federal de 1988, demanda a participação da sociedade como um todo, seja pelo governo ou mesmo pelo Legislativo e pelo Judiciário.

Assim, ao tratar das reservas de vagas, aproximamos, primeiramente, os aspectos da lei explicitada anteriormente à polêmica que envolve a aplicação de cotas, especialmente em relação às de cunho racial. Abordou-se a respeito da importância de se utilizar justificativas seguras para rebater os argumentos no âmbito dos acalorados debates quanto ao tema, utilizando como referência os estudos de Ronald Dworkin quanto ao assunto, e para, mais a frente, apresentar os argumentos favoráveis às cotas. No contexto legal do tema, ressaltou-se a necessidade de analisar os limites constitucionais materiais aplicados ao sistema. Concluímos nesse ponto que as cotas são compatíveis com o ordenamento jurídico vigente, pois não ferem os limites materiais constitucionais a que estão submetidos.

Portanto, uma vez demonstrado a compatibilidade do mecanismo pesquisado com o ordenamento jurídico brasileiro, iniciou-se a exposição de suas justificativas, tendo em vista a obra *Desenvolvimento como Liberdade* do autor Amartya Sen. Dessa forma, justificou-se a aplicação do sistema de reserva de vagas no Brasil, tendo em vista a desigualdade histórica do país, e, em decorrência disso, da

necessidade de promoção da igualdade de oportunidades, que, no caso, consiste na disputa igualitária por vagas no ensino público superior. Isso, como visto, permitirá o acesso à um leque maior de liberdades individuais, que se inter-relacionam e complementam-se nessa medida. Essa postura implicará no desenvolvimento humano do país, além do desenvolvimento meramente econômico.

Entretanto, apesar de encontrar justificativas seguras e importantes, a política de cotas encontra divergências peculiares quanto aos requisitos de acesso, conforme abordado no tópico 3.4. Ali foram colocados alguns dos principais debates quanto à utilização de critérios raciais explícitos, assim como a necessidade de sua adoção e a impossibilidade de utilizarem-se critérios mais amplos, assim como algumas divergências no campo das cotas sociais. Para tanto, foi feita uma importante análise sobre os critérios de seleção das cotas raciais, abordando, inclusive, a diferença de discriminação praticada contra o negro no Brasil em relação à discriminação praticada contra o negro nos Estados Unidos. Uma vez reconhecida as nossas peculiaridades, vimos que as práticas racistas nos dois países têm raízes históricas, mas que, o americano discrimina pela ancestralidade, e o brasileiro discrimina pela aparência, razão pela qual se defende a adoção do método de autodeclaração para a população negra no Brasil.

O argumento da justiça compensatória também foi colocado em debate. A pesquisa feita na jurisprudência americana enfatizou a necessidade de construções seguras sobre o tema, longe de argumentos introspectivos, e a diferença do preconceito existente naquela sociedade que encontra uma resistência maior, quando comparada ao Brasil.

Por fim, foi feita uma abordagem da decisão do Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade concentrado, empregado via ADPF 186, que entendeu pela constitucionalidade das políticas de ação afirmativa nas Universidades Públicas. Tal abordagem é elemento próprio para finalizar o trabalho, pois, ao mesmo tempo em que ratifica o mecanismo estudado, guardando consonância com os estudos feitos, deixa, ao mesmo tempo, o tema aberto a outras discussões a serem feitas sobre o assunto no futuro, o que certamente irá enriquecer a aplicação do mecanismo, visando sempre à aplicação da vontade consubstanciada na Constituição da República, mas que também levem ao desenvolvimento primordialmente humano do país.

REFERÊNCIAS

AMEUR, Farid. *Guerra da Secessão*. Porto Alegre: L&PM. 2013

AFRICA DO SUL. Constituição da República da África do Sul de 1996. Disponível em: <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/english-2013.pdf>. Acesso em: 03 de outubro de 2014.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 02 de outubro de 2014.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 02 de outubro de 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2014.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 02 de outubro de 2014.

BRASIL. Lei n.º 9394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 03 de outubro de 2014.

BRASIL. Lei n.º 12.711, de 29 de agosto de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 02 de outubro de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação/Reexame Necessário. 0001153-19.2009.4.01.4000/Piauí. 5ª Turma; Apelante: Fundação Universidade do Piauí – FUFPI. Apelado: Ana Maria de Brito Silva. Relator: Souza Prudente. Brasília, 22 de Janeiro de 2013. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=11531920094014000&pA=200940000011770&pN=11531920094014000>. Acesso em: 02 de outubro de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação/Reexame Necessário. 0010956-89.2010.4.01.4000/ Piauí. 6ª Turma. Apelante: Fundação Universidade do Piauí – FUFPI. Apelado: Rubenildes Santos e Silva. Relator: Jirair Aram Megueriam. Brasília, 10 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=109568920104014000&pA=&pN=109568920104014000>. Acesso em: 02 de outubro de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação/Reexame Necessário. 0029260-16.2012.4.01.3500/GO. Sexta Turma. Apelante: Instituto Federal de

Educação Ciência e Tecnologia de Goiás – IFG. Apelado: Alexandre Alves Trindade. Relator: Kássio Nunes Marques. Brasília, 02 de Dezembro de 2013. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=292601620124013500>. Acesso em 02 de outubro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF 186. Plenário. Requerente: Democratas – DEM. Requerido: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE e outros. Brasília, 15 de Junho de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf>. Acesso em: 02 de outubro de 2014.

BAKAJ, Branca. *Lei do ventre livre, Lei dos sexagenários e Lei Áurea: a grande trilogia abolicionista*, 1988. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181850>. Acesso em 02 de Outubro de 2014.

BINENBOJM, Gustavo. *O Racismo e Leitura Moral da Constituição*, 2003. disponível em Mundo Jurídico: http://mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=542. Acesso em 20 de agosto de 2014.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro. 2002.

CANADÁ. Carta Canadense de direitos e liberdades de 1982. Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html#docCont>. Acesso em: 03 de outubro de 2014.

DAFLON, Verônica T. *Políticas de Reserva: O Modelo Indiano de Ação Afirmativa e suas Contribuições para o Debate Brasileiro*. In: 26ª Reunião Brasileira de Antropologia, 2008. Porto Seguro, Bahia. *Anais eletrônicos*. Disponível em: http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2004/Ver%C3%B4nica%20Toste.pdf. Acesso em: 02 de outubro de 2014.

DAVID ARAÚJO, L. A., ; NUNES JÚNIOR, V. S. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999

DECLARAÇÃO, Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 02 de outubro de 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas S.A., 2014

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico Universitário*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. Massachussetts, USA: Harvard University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. *Writ of error*. 60 U.S 393. *Dred.Scott v. Sandford*. Relator: Washington, 06 de março de 1957. Disponível em: http://www.streetlaw.org/en/Page/549/Summary_of_the_Decision. Acesso em: 03 de outubro de 2014.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa & princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUEDES, Jéfferson Carús. *Igualdade e desigualdade: Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Abril, 1973.

KALILI, Jorge. Fórum Social na Índia pode reunir um milhão de pessoas, 2003. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2003-fev-27/forum_social_india_reunir_milhao_pessoas. Acesso em: 03 de outubro de 2014.

LEAL, Saul Tourinho. *Direito à Felicidade: História, Teoria, Positivização e Jurisdição*. São Paulo: Tese de doutorado pela Universidade de São Paulo, 2013.

LEAL, Saul Tourinho. *Katiba - Vivendo o Sonho do Quênia: o constitucionalismo da esperança na África contemporânea*. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MARTINS, Leonardo. *Comentário ao art.5º, caput*. In: CANOTILHO, J. J., et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso A. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2013.

MORAES, Alexandre d. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

PISCITELLI, Rui M. *Cotas Raciais: o estado como promotor de ações afirmativas e políticas para acesso dos negros à universidade*. Curitiba: Juruá, 2014

ROCHA, Cármen Lúcia. (1996). *Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3>. Acesso em: 02 de outubro de 2014.

SARLET, Ingo W. *Comentário ao art. 1º, inciso III*. In: CANOTILHO, J. J., et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.